ЮНСИТРАЛ
КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

ЕЖЕГОДНИК

Том XXXV: 2004 год

ОРГАНИЗАЦИЯ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

ЕЖЕГОДНИК

Том XXXV: 2004 год

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
2008 ГОД

ПРИМЕЧАНИЕ

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

Нумерация сносок соответствует той, которая использована в оригиналах документов, на которых основывается настоящий *Ежегодник*. Любые добавленные впоследствии сноски указываются строчными буквами.

Все изменения формулировок предыдущих проектов конвенций, типовых законов и иных правовых текстов и дополнения к ним выделяются курсивом, за исключением названий статей, которые выделены курсивом в соответствии стребованиями к оформлению.

A/CN.9/SER.A/2004

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
В продаже под № R.08.V.8
ISBN 978-92-1-433050-9
ISSN 0251–4281

СОДЕРЖАНИЕ

Страница

ВВЕДЕНИЕ . . . . . *vii*

Часть первая. Доклад Комиссии о ее ежегодной сессии; замечания и решения

ТРИДЦАТЬ СЕДЬМАЯ СЕССИЯ (2004 год)

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 14-25 июня 2004 года) (A/59/17) 3

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию о работе его пятьдесят первой сессии) (TD/B/51/8 (Vol. I)) 50

C. Генеральная Ассамблея: доклад Шестого комитета о докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии: доклад Шестого комитета (A/59/509) 51

D. Резолюции Генеральной Ассамблеи 59/39 и 59/40 от 2 декабря 2004 года 53

Часть вторая. Исследования и доклады по конкретным темам

I. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать девятой сессии (Вена, 1-5 сентября 2003 года) (A/CN.9/542). 61

B. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: глоссарий: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.67) 91

C. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии (A/CN.9/ WG.V/WP.68) 102

D. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее тридцатой сессии (Нью-Йорк, 29 марта - 2 апреля 2004 года) (A/CN.9/551) 108

E. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I и II)) 141

F. Записка Секретариата о режиме обеспечительных интересов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.71) 420

G. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.72) 442

H. 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) (A/CN.9/550) 450

I. Доклад о работе 5-го Коллоквиума ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ по вопросам трансграничной несостоятельности для представителей судебных органов, 2003 год (A/CN.9/554) 456

Страница

J. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: подборка замечаний международных организаций (A/CN.9/558 и Add.1) 461

K. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: редакционные поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70 (A/CN.9/559 и Add.1-3) 480

II. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА

A. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать девятой сессии (Вена, 10–14 ноября 2003 года) (A/CN.9/545) 519

B. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать девятой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.125) 551

C. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее сороковой сессии (Нью-Йорк, 23-27 февраля 2004 года) (A/CN.9/547) 565

D. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры – режим ответственности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.127) 595

E. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.128) 606

F. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: предложение Международной торговой палаты, представленное Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.129) 618

III. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО

A. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее двенадцатой сессии (Вена, 6-17 октября 2003 года) (A/CN.9/544) 623

B. Подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: добавление к подборке ответов на вопросник о перевозке "от двери до двери" и дополнительные замечания государств и международных организаций относительно сферы применения проекта документа: рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) . . . 680

C. Записка Секретариата о проекте документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: рабочий документ, представленный Рабочей групп по транспортному праву на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.32) 690

D. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Нидерландов о применении в документе принципа "от двери до двери", представленное Рабочей группе на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.33) 762

E. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Соединенных Штатов Америки, представленное Рабочей группе на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.34) 775

F. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 3-14 мая 2004 года) (A/CN.9/552) 788

G. Записка Секретариата о подготовке проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.36) 826

H. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: предложение Китая, представленное Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.37) 842

Страница

IV. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

A. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок второй сессии (Вена, 17-21 ноября 2003 года) (A/CN.9/546) 847

B. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.103) 882

C. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.104 и Add.1-4) 900

D. Рабочий документ о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: замечания Международной торговой палаты, представленные Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.105) 952

E. Рабочий документ о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: замечания Всемирной организации интеллектуальной собственности, представленные Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.106) 954

F. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 15-19 марта 2004 года) (A/CN.9/548) 955

G. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок третьей сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.108) 985

V. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ

A. Доклад Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее четвертой сессии (Вена, 8-12 сентября 2003 года) (A/CN.9/543)) 1001

B. Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии (A/CN.9/WG.VI/WP.9 и Add.1-4 и 6-8) 1028

C. 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) (A/CN.9/550) 1141

D. Доклад Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее пятой сессии (Нью-Йорк, 22-25 марта 2004 года) (A/CN.9/549) 1142

E. Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии (A/CN.9/WG.VI/WP.11 и Add.1 и 2) 1160

VI. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА

Возможная будущая работа в области публичных закупок (Пункт 9 предварительной повестки дня) (A/CN.9/553) 1199

VII. ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ (ППТЮ) 1217

VIII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ

Записка Секретариата о подготовке кадров и оказании технической помощи (A/CN.9/560) . . 1217

Страница

IX. СТАТУС ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ

Статус конвенций и типовых законов (A/CN.9/561) 1229

X. КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО

A. Записка Секретариата о координации работы: деятельность международных организаций в области обеспечительных интересов (A/CN.9/565) 1231

B. Доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАЛ по проблеме международного коммерческого мошенничества (A/CN.9/555) 1241

XI. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

Записка Секретариата о партнерских отношениях между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в том числе частным сектором: последние события в Организации Объединенных Наций и их возможные последствия для работы Комиссии (A/CN.9/564) 1261

Часть третья. Приложения

I. РУКОВОДСТВО ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ 1267

II. ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА К КОНВЕНЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ (A/CN.9/557) 1269

III. БИБЛИОГРАФИЯ ПОСЛЕДНИХ РАБОТ, КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/581) 1287

IV. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ 1289

V. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ, ВОСПРОИЗВЕДЕННЫХ В ПРЕДЫДУЩИХ ТОМАХ *ЕЖЕГОДНИКА* 1299

ВВЕДЕНИЕ

Настоящий том является тридцать пятым в серии *Ежегодников* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)[1].

Настоящий том состоит из трех частей. В части первой содержатся доклад Комиссии о работе ее тридцать седьмой сессии, состоявшейся в Нью-Йорке 14-25 июня 2004 года, а также решения, принятые по этому докладу Конференцией Организацией Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Генеральной Ассамблеей.

В части второй воспроизводится большинство документов, рассмотренных на тридцать седьмой сессии Комиссии. Эти документы включают доклады рабочих групп Комиссии, а также исследования, доклады и записки Генерального секретаря и Секретариата. В эту часть также включены избранные рабочие документы, которые были подготовлены для рассмотрения рабочими группами.

В части третьей содержатся Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, пояснительная записка к Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, библиография последних работ, касающихся деятельности Комиссии, перечень документов, находившихся на рассмотрении тридцать седьмой сессии, и перечень документов, касающихся работы Комиссии и воспроизведенных в предыдущих томах *Ежегодника*.

UNCITRAL secretariat
Vienna International Centre
P.O. Box 500, A-1400 Vienna, Austria
Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telex: 135612 Telefax: (+ 43-1) 26060-5813
E-Mail: uncitral@uncitral.org Internet: http://www.uncitral.org

[1] До настоящего времени были опубликованы следующие тома *Ежегодника Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли* (далее сокращенно называется *Ежегодник* [год]):

Том	*Охватываемые годы*	*Издание Организации Объединенных Наций в продаже под №*
I	1968-1970	R.71.V.1
II	1971	R.72.V.4
III	1972	R.73.V.6
III Suppl.	1972	R.73.V.9
IV	1973	R.74.V.3
V	1974	R.75.V.2
VI	1975	R.76.V.5
VII	1976	R.77.V.1
VIII	1977	R.78.V.7
IX	1978	R.80.V.8
X	1979	R.81.V.2
XI	1980	R.81.V.8
XII	1981	R.82.V.6
XIII	1982	R.84.V.5
XIV	1983	R.85.V.3
XV	1984	R.86.V.2
XVI	1985	R.87.V.4
XVII	1986	R.88.V.4
XVIII	1987	R.89.V.4
XIX	1988	R.89.V.8
XX	1989	R.90.V.9
XXI	1990	R.91.V.6
XXII	1991	R.93.V.2
XXIII	1992	R.94.V.7
XXIV	1993	R.94.V.16
XXV	1994	R.95.V.20
XXVI	1995	R.96.V.8
XXVII	1996	R.98.V.7
XXVIII	1997	R.99.V.6
XXIX	1998	R.99.V.12
XXX	1999	R.00.V.9
XXXI	2000	R.02.V.3
XXXII	2001	R.04.V.4
XXXIII	2002	R.05.V.13
XXXIV	2003	R.06.V.14

Часть первая

ДОКЛАД КОМИССИИ О ЕЕ ЕЖЕГОДНОЙ СЕССИИ; ЗАМЕЧАНИЯ И РЕШЕНИЯ

ТРИДЦАТЬ СЕДЬМАЯ СЕССИЯ (2004 год)

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 14-25 июня 2004 года) (A/59/17) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

Глава		*Пункты*
I.	Введение	1–2
II.	Организация работы сессии	3–11
	A. Открытие сессии	3
	B. Членский состав и участники	4–8
	C. Выборы должностных лиц	9
	D. Повестка дня	10
	E. Утверждение доклада	11
III.	Окончательная доработка и принятие проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	12–55
	Часть первая. Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности	12-14
	Часть вторая. Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности	15-55
IV.	Арбитраж: доклад Рабочей группы II о ходе работы	56–61
V.	Транспортное право: доклад Рабочей группы III о ходе работы	62–66
VI.	Электронная торговля: доклад Рабочей группы IV о ходе работы	67–72
VII.	Обеспечительные интересы: доклад Рабочей группы VI о ходе работы	73–78
VIII.	Будущая работа в области публичных закупок	79–82
IX.	Наблюдение за осуществлением Нью–йоркской конвенции	83–84
X.	Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ и краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и другим единообразным текстам	85–91
	A. Прецедентное право	85–86
	B. Краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и другим единообразным текстам	87–91
XI.	Подготовка кадров и техническая помощь. Последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области подготовки кадров и технической помощи	92–96
XII.	Статус и содействие принятию правовых текстов ЮНСИТРАЛ	97–99

Глава		*Пункты*
XIII.	Резолюции Генеральной Ассамблеи, имеющие отношение к работе Комиссии	100–102
	A. Резолюции 58/75 и 58/76	100
	B. Резолюция 58/270	101–102
XIV.	Координация и сотрудничество. Последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области координации и сотрудничества	103–115
	A. Координация работы в области обеспечительных интересов	103–107
	B. Международный коллоквиум по коммерческому мошенничеству	108–112
	C. Осуществление резолюции 58/75 Генеральной Ассамблеи и доклада Управления служб внутреннего надзора	113–115
XV.	Прочие вопросы	116–131
	A. Партнерские отношения между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в том числе частным сектором	116–117
	B. Учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса	118
	C. Веб–сайт ЮНСИТРАЛ	119
	D. Библиография	120
	E. Ограничение объема документации	121–128
	F. Представление кратких отчетов	129–130
	G. Предлагаемые стратегические рамки на период 2006–2007 годов	131
XVI.	Сроки и место проведения будущих совещаний	132–137
	A. Общее обсуждение вопроса о продолжительности сессий	132–134
	B. Тридцать восьмая сессия Комиссии	135
	C. Сессии рабочих групп в период до начала тридцать восьмой сессии Комиссии	136
	D. Сессии рабочих групп в 2005 году после проведения тридцать восьмой сессии Комиссии	137

I. Введение

1. В настоящем докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) освещается работа тридцать седьмой сессии Комиссии, проходившей в Нью-Йорке с 14 по 25 июня 2004 года.

2. В соответствии с резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1966 года настоящий доклад представляется Ассамблее, а также – для замечаний – Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию.

II. Организация работы сессии

A. Открытие сессии

3. Тридцать седьмая сессия Комиссии была открыта 14 июня 2004 года.

B. Членский состав и участники

4. Комиссия была учреждена резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи в составе 29 государств, избираемых Ассамблеей. В своей резолюцией 3108 (XXVIII) от 12 декабря 1973 года Ассамблея расширила членский состав Комиссии с 29 до 36 государств. В своей резолюции 57/20 от 16 ноября 2002 года Генеральная Ассамблея еще раз расширила членский состав Комиссии с 36 до 60 государств. В настоящее время членами Комиссии, избранными 16 октября 2000 года и 17 ноября 2003 года, являются следующие государства, срок полномочий которых истекает в последний день, предшествующий началу ежегодной сессии Комиссии в указанном году[1]: Австралия (2010), Австрия (2010), Алжир (2010), Аргентина (2007), Беларусь (2010), Бельгия (2007), Бенин (2007), Бразилия (2007), бывшая югославская Республика Македония (2007), Венесуэла (2010), Габон (2010), Гватемала (2010), Германия (2007), Зимбабве (2010), Израиль (2010), Индия (2010), Иордания (2007), Иран (Исламская Республика) (2010), Испания (2010), Италия (2010), Камерун (2007), Канада (2007), Катар (2007), Кения (2010), Китай (2007), Колумбия (2010), Ливан (2010), Литва (2007), Мадагаскар (2010), Марокко (2007), Мексика (2007), Монголия (2010), Нигерия (2010), Пакистан (2010), Парагвай (2010), Польша (2010), Республика Корея (2007), Российская Федерация (2007), Руанда (2007), Сербия и Черногория (2010), Сингапур (2007), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (2007), Соединенные Штаты Америки (2010), Сьерра–Леоне (2007), Таиланд (2010), Тунис (2007), Турция (2007), Уганда (2010), Уругвай (2007), Фиджи (2010), Франция (2007), Хорватия (2007), Чешская Республика (2007), Чили (2007), Швейцария (2010), Швеция (2007), Шри–Ланка (2007), Эквадор (2010), Южная Африка (2007) и Япония (2007).

5. За исключением Аргентины, Бенина, бывшей югославской Республики Македонии, Габона, Зимбабве, Израиля, Ливана, Парагвая, Польши, Уругвая, Фиджи, Эквадора и Южной Африки на сессии были представлены все члены Комиссии.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Боливии, Вьетнама, Греции, Дании, Индонезии, Камбоджи, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии, Саудовской Аравии, Святейшего Престола, Словакии, Украины и Филиппин.

7. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций:

a) *система Организации Объединенных Наций*: Всемирный банк, Международный валютный фонд и Всемирная организация интеллектуальной собственности;

b) *межправительственные организации*: Афро–азиатский консультативно-правовой комитет, Европейское сообщество и Международный консультативный комитет по хлопку;

c) *неправительственные организации, приглашенные Комиссией*: Американская ассоциация адвокатов, Американский фонд адвокатов, Арабский

[1] Согласно резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1966 года члены Комиссии избираются на шестилетний срок. Из нынешнего состава 17 членов были избраны Генеральной Ассамблеей на ее пятьдесят пятой сессии 16 октября 2000 года (решение 55/308), а 43 – на ее пятьдесят восьмой сессии 17 ноября 2003 года (решение 58/407). В своей резолюции 31/99 от 15 декабря 1976 года Генеральной Ассамблея изменила даты начала и окончания членства, постановив, что срок полномочий членов Комиссии начинается в первый день очередной ежегодной сессии Комиссии сразу же после их избрания и заканчивается в последний день перед открытием очередной седьмой ежегодной сессии Комиссии после их избрания.

союз международного арбитража, Институт международного банковского права и практики, Институт международного права, Исследовательская группа по несостоятельности и ее предотвращению, Глобальный исследовательский центр по урегулированию споров, Каирский региональный центр по международному торговому арбитражу, Международная ассоциация адвокатов, Международная ассоциация ИНСОЛ, Международный институт по вопросам несостоятельности, Международный союз адвокатов, Форум по международному коммерческому арбитражу и Центр международных юридических исследований.

8. Комиссия выразила удовлетворение в связи с тем, что международные неправительственные организации, обладающие опытом работы в областях, связанных с основными пунктами повестки дня сессии, принимают участие в заседаниях. Их участие имеет чрезвычайно важное значение для обеспечения качества текстов, подготавливаемых Комиссией, и Комиссия просила Секретариат продолжать приглашать такие организации принимать участие в ее сессиях (см. также пункты 114, 116 и 117 ниже).

C. Выборы должностных лиц

9. Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	Визит Визитсора–Ат (Таиланд)
заместители Председателя:	Рикардо Сандоваль Лопес (Чили) Петар Шарчевич (Хорватия) Симон Онекуту (Нигерия)
Докладчик:	Давид Моран Бовио (Испания)

D. Повестка дня

10. На своем 776-м заседании 14 июня 2004 года Комиссия утвердила следующую повестку дня сессии:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Окончательная доработка и принятие проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
5. Арбитраж: доклад Рабочей группы II о ходе работы
6. Транспортное право: доклад Рабочей группы III о ходе работы
7. Электронная торговля: доклад Рабочей группы IV о ходе работы
8. Обеспечительные интересы: доклад Рабочей группы VI о ходе работы
9. Возможная будущая работа в области публичных закупок
10. Наблюдение за осуществлением Нью–йоркской конвенции 1958 года
11. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ и краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и другим единообразным текстам

12. Подготовка кадров и техническая помощь. Последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области подготовки кадров и технической помощи

13. Статус и содействие принятию правовых текстов ЮНСИТРАЛ

14. Резолюции Генеральной Ассамблеи, имеющие отношение к работе Комиссии

15. Координация и сотрудничество. Последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области координации и сотрудничества

16. Прочие вопросы

17. Сроки и место проведения будущих совещаний

18. Утверждение доклада Комиссии.

E. Утверждение доклада

11. На своих 787-м, 792-м и 793-м заседаниях 21 и 25 июня 2004 года Комиссия консенсусом утвердила настоящий доклад.

III. Окончательная доработка и принятие проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть первая. Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

12. Комиссия рассмотрела рекомендации и комментарий (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)), предложенные поправки к рекомендациям(A/CN.9/559/Add.1) и предложенные поправки к комментарию (A/CN.9/559/Add.2).

13. Комиссия одобрила содержание части первой проекта руководства, включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1 и 2), со следующими изменениями:

a) исключить слова "помимо судебных органов" в последнем предложении пункта 4 документа A/CN.9/559/Add.2;

b) добавить в конце пункта 9 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) примерно следующее предложение: "В той мере, в которой должник исключается из сферы применения таких юридических механизмов, на него и его кредиторов не распространяется действие устанавливаемых этими механизмами правил, но им также и не предоставляется предусматриваемой защиты";

c) заменить слово "избегать" в последнем предложении пункта 21 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) словами "свести к минимуму случаи" для снятия выраженной обеспокоенности, состоявшей в том, что последнее предложение данного пункта не учитывает реальное значение социально–политических задач законодательства в области несостоятельности и что в силу этого его следует пересмотреть;

d) добавить в начале пункта 75 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) после слов "в законодательстве о несостоятельности можно" формулировку примерно следующего содержания: "наделить конкретными функциями других

участников, таких как управляющий в деле о несостоятельности и кредиторы, или некоторые другие органы, такие как органы, регулирующие вопросы о несостоятельности или корпоративной деятельности";

e) добавить в конце части первой краткое обзорное резюме работы, проводимой международными организациями в области наращивания институционального потенциала, как об этом просила Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности) на ее тридцатой сессии (см. A/CN.9/551, пункт 115).

14. Была выражена обеспокоенность в связи с возможным толкованием последнего предложения пункта 41 в документе A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) как означающего, что соглашение о субординации, заключенное до наступления несостоятельности, окажется ничтожным после возбуждения производства по делу о несостоятельности. Комиссия отметила, что рабочие группы V и VI пришли к согласию о том (см. A/CN.9/550, пункт 20), что, в качестве общего принципа, в рамках производства по делу о несостоятельности необходимо обеспечить уважение соглашений о субординации при условии, что стороны не могут договариваться о более высокой очереди, чем та, которая предоставлялась бы законодательством о несостоятельности. Было также отмечено, что суть этого заключения должна быть отражена в разделе B главы V части второй проекта руководства, касающейся приоритетов, и было выражено согласие с возможным добавлением соответствующей формулировки в пункт 41.

Часть вторая. Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

15. Комиссия рассмотрела рекомендации и комментарий (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II)), а также предложенные поправки к рекомендациям и комментарию (A/CN.9/559/Add.1–3).

16. Комиссия одобрила содержание раздела A главы I "Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), и приняла решение о том, что сноска 1 к пункту 87 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) должна быть сохранена, при условии внесения необходимых изменений, с тем чтобы разъяснить содержание понятия "экономическая деятельность", как оно используется в проекте руководства.

17. Комиссия одобрила содержание раздела B главы I "Открытие производства", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), и приняла решение о том, что в комментарии следует четко разъяснить, что в подпункте (b) рекомендации 13 с внесенными изменениями излагаются основные направления действий, которые могут быть предприняты должником, причем цели придания этой рекомендации исчерпывающего характера не преследовалось. Комиссия одобрила добавление в конце пункта 143 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) формулировки примерно следующего содержания: "Кредиторы, иные чем те, которые ходатайствуют об открытии производства, могут быть непосредственно заинтересованы в получении уведомления о его открытии".

18. Комиссия одобрила содержание раздела C главы I "Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), отметив, что Рабочая группа V согласилась перенести рекомендацию 179, которая ранее содержалась

в главе, посвященной применимому праву, в первую часть проекта руководства и заменить слова "общая норма права" словами "иные законы, чем законодательство о несостоятельности" для обеспечения последовательности во всем тексте проекта руководства.

19. Комиссия одобрила содержание раздела A главы II "Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1).

20. Комиссия одобрила содержание раздела B главы II "Защита и сохранение имущественной массы", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) пересмотреть название рекомендации 31 для более точного отражения ее содержания;

b) пересмотреть рекомендацию 33 с тем, чтобы указать на прекращение обеспечительных мер в случае, если их наложение успешно оспорено в соответствии с рекомендацией 31;

c) поменять местами рекомендации 38 и 39;

d) исключить квадратные скобки в подпункте (d) рекомендации 27 и в рекомендации 38 и сохранить предлагаемый в них текст;

e) добавить в конце пункта 215 формулировку примерно следующего содержания: "Такой подход помогает избежать некоторых сложностей, связанных с необходимостью непрерывного осуществления оценки обремененных активов, которое может требоваться согласно первому отмеченному выше подходу".

21. В ответ на обеспокоенность, выраженную в связи с тем, что применение подпункта (b) пересмотренной рекомендации 34 (A/CN.9/559/Add.1) не должно препятствовать принудительной реализации обеспечительного интереса в случае ликвидации, было отмечено, что эта обеспокоенность может быть снята согласно рекомендации 35, в которой предусматриваются возможные исключения из действия моратория.

22. Комиссия одобрила содержание раздела C главы II "Использование активов и распоряжение ими", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) исключить слова "а также активов, принадлежащих третьим сторонам" из подпункта (a) положения, посвященного изложению целей (см. A/CN.9/559/Add.1), и включить новый подпункт примерно следующего содержания: "разрешить использование активов, принадлежащих третьим сторонам, и оговорить условия такого использования";

b) сохранить без квадратных скобок весь заключенный в них текст в подпункте (b) рекомендации 40B;

c) сохранить ссылки как на "использование", так и на "реализацию" в рекомендации 43A и разъяснить в комментарии, что обеспеченный кредитор, о котором говорится в подпункте (a), должен обладать обеспечительным интересом, распространяющимся на поступления наличных средств;

d) добавить перед последним предложением пункта 234 формулировку примерно следующего содержания: "Когда отказ от активов в пользу обеспеченного кредитора осуществляется управляющим в деле о несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что требование обеспеченного кредитора сокращается на сумму стоимости таких активов".

23. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что обязательство направлять уведомление всем кредиторам, которое предусматривается в рекомендации 41, может оказаться обременительным. Комиссия отметила, что согласно рекомендации 117 законодательство о несостоятельности может возлагать на комитет кредиторов определенные функции в отношении продажи некоторых активов. Было выражено согласие с тем, что в случае использования этого подхода требование рекомендации 40 может быть выполнено уведомлением комитета кредиторов и что соответствующие разъяснения следует включить в комментарий к разделу C. Было также выражено согласие с тем, что слова "продажа существенных активов" в рекомендации 117 должны быть заменены ссылкой на продажи "вне рамок обычных коммерческих операций".

24. Комиссия одобрила содержание раздела D главы II "Финансирование после открытия производства", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1 и 2), со следующими изменениями:

a) пересмотреть последнее предложение рекомендации 49, указав, что в законодательстве о несостоятельности может устанавливаться требование о том, чтобы суд разрешил предоставление финансирования после открытия производства или чтобы кредиторы (или комитет кредиторов) дали на это свое согласие;

b) добавить в конце пункта 243 формулировку примерно следующего содержания: "Эта опасность должна оцениваться с учетом той возможности, что сохранение стоимости функционирующей хозяйственной единицы за счет продолжения ее коммерческих операций будет выгодным для этих кредиторов".

25. Комиссия одобрила содержание раздела E главы II "Режим контрактов", включая предложенные поправки (A/CN.9/558/Add.1), со следующими изменениями:

a) включить ссылку на положение об ускорении исполнения в рекомендацию 56 и соответствующие пункты комментария;

b) снять квадратные скобки вокруг слов "быть заслушанным судом" в рекомендации 62 и сохранить этот текст;

c) снять квадратные скобки в вводной части рекомендации 66 и сохранить заключенный в них текст;

d) сохранить слова "контрактная цена исполнения" в подпункте (a) рекомендации 66 без квадратных скобок и исключить ссылку на "стоимость выгод, полученных имущественной массой, в соответствии с контрактом";

e) исключить текст, приведенный в квадратных скобках в подпункте (d) рекомендации 70.

26. В ответ на высказанное мнение о том, что рекомендация 56 не отражает принятого во многих странах подхода к оговоркам об автоматическом прекращении, было напомнено, что Рабочая группа постановила подчеркнуть важность установления преимущественного по отношению к таким оговоркам порядка для защиты стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности и продолжения исполнения контрактов в интересах реорганизации. Было отмечено, что в комментарий может быть включено дополнительное разъяснение содержащейся в рекомендации 65 ссылки на исправление нарушения.

27. Комиссия одобрила содержание раздела F главы II "Процедура расторжения сделок", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) сохранить упоминание "потенциальных кредиторов" в подпункте (a) рекомендации 73 и пункте 314;

b) исключить первую часть рекомендации 80 до слов "законодательство о несостоятельности";

c) исключить часть второго предложения в рекомендации 82 после слов "производство по делу о несостоятельности" с учетом того, что любая сделка, заключенная до открытия производства, может представлять собой предоставление преференции, а сделка, совершенная в ходе реорганизационного производства, которое предшествовало ликвидации, будет представлять собой сделку, заключенную после открытия производства, и поэтому на нее не будет распространяться действие подозрительного периода;

d) слово "суду" во втором предложении рекомендации 83 заменить словами "в законодательстве о несостоятельности";

e) добавить в конце пункта 334 формулировку примерно следующего содержания: "Поэтому, за исключением сделок, связанных с противоправными действиями, весьма желательно устанавливать относительно непродолжительный срок подозрительного периода, с тем чтобы обеспечить коммерческую определенность и уменьшить любое негативное воздействие, которое положения о расторжении сделок будут оказывать на доступность и стоимость кредита";

f) упомянуть в пункте 341, что процедуру расторжения сделок следует начинать в течение относительно непродолжительного срока с тем, чтобы избежать неопределенности и задержек.

28. Комиссия одобрила содержание раздела G главы II "Права на зачет".

29. Комиссия одобрила содержание раздела H главы II "Финансовые контракты и взаимозачет", включая предложенные поправки (A/CN.9/558/Add.1), со следующими изменениями:

a) добавить в конце комментария следующее предложение: "Положения, устанавливающие исключение для финансовых контрактов, должны быть сформулированы достаточно широко с тем, чтобы защитить существенные интересы сторон, заключающих финансовые контракты, и не допустить создания системного риска";

b) добавить слова "на финансовых рынках" после слов "в контексте финансовых сделок" в первом предложении положения, касающегося целей.

30. Комиссия одобрила содержание раздела A главы III "Должник", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) снять квадратные скобки, в которые заключен текст в рекомендации 96;

b) изменить формулировку рекомендации 97A примерно следующим образом: "Если должник сохраняет за собой владение, то в законодательстве о несостоятельности следует указать те функции управляющего в деле о несостоятельности, которые могут выполняться должником, сохраняющим за собой владение", с тем чтобы избежать создания впечатления о том, будто бы должник, сохраняющий владение, должен располагать всеми полномочиями управляющего в деле о несостоятельности;

c) добавить в конце пункта 376 формулировку примерно следующего содержания: "Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что должник сохраняет контроль над предприятием, то в законодательстве желательно указать те полномочия и функции управляющего в деле о несостоятельности, которые могут осуществляться должником, сохраняющим за собой владение";

d) упомянуть в первом предложении пункта 387 профессиональные секреты.

31. Комиссия одобрила содержание раздела B главы III "Управляющий в деле о несостоятельности", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/ Add.1), со следующими изменениями:

a) добавить в конце подпункта (b) рекомендации 100 формулировку примерно следующего содержания: "или лицом, нанятым управляющим в деле о несостоятельности, когда в ходе производства по делу о несостоятельности могут возникнуть коллизия интересов или обстоятельства, которые могут привести к коллизии интересов или отсутствию независимости";

b) снять квадратные скобки, в которые заключен текст в рекомендации 104;

c) добавить во второе предложение пункта 402 слова "прежняя работа в качестве аудитора должника" и в конце предпоследнего предложения добавить слова "в том числе указать те отношения, которые воспрепятствуют назначению любого лица".

32. Комиссия одобрила содержание раздела C главы III "Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) снять квадратные скобки в рекомендации 112, в которые заключен предлагаемый текст, с тем чтобы подчеркнуть важность определения в законодательстве о несостоятельности вопросов, которые необходимо обсудить на первом собрании кредиторов; исключить слово "определенных"; и в комментарии соответствующим образом подчеркнуть необходимость определения в законодательстве о несостоятельности вопросов, которые необходимо обсудить;

b) в качестве редакционной поправки исключить слово "общего" во втором предложении рекомендации 112 и перед словами "собрания кредиторов" добавить слова "любого другого";

c) с учетом обсуждения рекомендации 41 об использовании и реализации активов, в подпункте (b) рекомендации 117 исключить оставшуюся часть подпункта после слов "плана реорганизации" и добавить новый подпункт примерно в следующей формулировке: "получение уведомлений и участие в консультациях по вопросам, в которых эта категория имеет интерес, включая продажу активов вне рамок обычных коммерческих операций";

d) добавить в первом предложении пункта 443 после слов "комитет кредиторов" слова "или иную форму представительства кредиторов", а в четвертом предложении пункта 469 после слов "предварительного одобрения суда" добавить слова "или использование конфиденциальной информации, полученной в качестве члена комитета".

33. Комиссия отметила, что комментарий, касающийся представленности и функций кредиторов, был пересмотрен Секретариатом в целях оптимизации текста.

34. Комиссия одобрила содержание раздела D главы III "Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование".

35. Комиссия решила, что в проект руководства было бы полезно включить в качестве приложения перечень или индекс тех рекомендаций и пунктов, в которых идет речь о режиме обеспечительных интересов при несостоятельности, на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.71.

36. Комиссия одобрила содержание раздела A главы IV "План реорганизации", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.3), со следующими изменениями:

a) в рекомендации 126 исключить формулировку, начинающуюся от слова "представленный" и заканчивающуюся словами "представляемый... по плану]", из первого предложения с тем, чтобы в центре внимания этой рекомендации стоял вопрос о подготовке заявления о раскрытии информации, и добавить слова "о раскрытии информации" после слова "заявление" во втором предложении;

b) в рекомендации 127 исключить приведенное в квадратных скобках слово "тем" и формулировку, следующую за словом "акционерам" в конце предложения, для обеспечения того, чтобы круг лиц, которые могут ознакомиться с планом и заявлением о раскрытии информации, не ограничивался теми лицами, которые могут иметь право на участие в голосовании по плану или права которых затрагиваются или изменяются планом;

c) в рекомендации 128 снять квадратные скобки в подпунктах (a) и (b) и сохранить приведенный в них текст; исключить подпункт (c) и касающуюся его сноску 91a; снять квадратные скобки в подпункте (f) и сохранить приведенный в них текст. Было отмечено, что порядок, в котором в плане должны решаться вопросы, связанные с активами должника, должен, как предполагалось, охватываться подпунктом (d) рекомендации 128;

d) в рекомендации 129 снять квадратные скобки и сохранить помещенный в них текст в подпункте (a), изменив его примерно следующим образом: "резюме" или "описание плана"; исключить пример, приведенный в скобках в подпункте (c); снять квадратные скобки и сохранить приведенный во вторых квадратных скобках в подпункте (f) текст, касающийся надлежащих мер для удовлетворения обязательств должника;

e) в рекомендации 130 включить акционеров в сферу действия этой рекомендации;

f) в рекомендациях 130A–D снять квадратные скобки и сохранить эти рекомендации;

g) в рекомендации 130A включить акционеров в сферу действия этой рекомендации; добавить слова "или затрагиваются" после слова "изменяются"; снять квадратные скобки и сохранить слова "возможность принять участие в голосовании";

h) в рекомендации 130B включить акционеров в сферу действия этой рекомендации и исключить слово "отрицательного";

i) в рекомендации 130C изменить текст примерно следующим образом: "В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что кредиторы, имеющие право участвовать в голосовании по утверждению плана, должны включаться в отдельную категорию согласно их соответствующим правам и что каждая категория должна голосовать отдельно";

j) в рекомендации 130D включить акционеров в сферу действия этой рекомендации и сохранить слово "режим" без квадратных скобок;

k) в рекомендации 133 исключить касающийся изменения прав текст в квадратных скобках в первом предложении и снять квадратные скобки и сохранить текст во втором предложении, касающемся различных подходов к принятию плана и оговаривающем минимальный стандарт принятия;

l) в рекомендации 134 исключить приведенный в первых квадратных скобках текст, касающийся изменения прав, и снять квадратные скобки и сохранить перекрестную ссылку на подпункты (a)–(e) рекомендации 138;

m) в рекомендации 138 снять квадратные скобки в подпункте (a) и сохранить текст, касающийся необходимых заявлений о принятии; снять квадратные скобки в подпункте (b) и сохранить текст, предусматривающий, что кредиторы получат "по плану по меньшей мере столько же"; изменить подпункт (e) примерно следующим образом: "Кроме как в той мере, в которой затронутые категории кредиторов согласятся об ином, если какая-либо категория кредиторов проголосовала против плана, очередь этой категории, предусматриваемая законодательством о несостоятельности, должна в полной мере признаваться планом, и распределение для этой категории согласно плану должно соответствовать этой очереди";

n) в рекомендации 142 снять квадратные скобки и сохранить текст, касающийся сроков внесения изменений в план;

o) в рекомендации 143 исключить текст в квадратных скобках в начале второго предложения; снять квадратные скобки и сохранить обе ссылки на стороны "интересы которых затрагивает изменение" во втором предложении;

p) в рекомендации 145 исключить подпункт (b) на том основании, что он может быть истолкован как предоставляющий определенным сторонам широкие полномочия ходатайствовать о преобразовании без каких-либо на то оснований; исключить квадратные скобки в подпункте (f), сохранить ссылку на нарушение "должником" и заменить заключительную формулировку на "или неспособность осуществить план". Предложение добавить в подпункт (f) рекомендации 145 формулировку, предусматривающую, что суду следует до преобразования производства в ликвидацию сначала изучить возможность изменения плана реорганизации, достаточной поддержки не получило.

37. Было внесено предложение включить рекомендацию примерно следующего содержания: "В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что любая категория кредиторов или акционеров, которые не получат распределения согласно плану, будет считаться отклонившей план", – с тем чтобы сократить затраты и задержки в получении одобрения плана и обеспечить применение защитных мер, предусматриваемых согласно законодательству о несостоятельности для кредиторов, проголосовавших против плана. Это предложение не было поддержано на том основании, что кредиторы не должны лишаться права на участие в голосовании и что презумпция о том, что подобные кредиторы проголосовали против плана, может быть связана с риском наложения на них иной ответственности.

38. Комиссия одобрила содержание раздела B главы IV "Ускоренное реорганизационное производство", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.3), со следующими изменениями:

a) в рекомендации 146 внести изменения в подпункт (a) для обеспечения того, чтобы должник мог ходатайствовать об ускоренном производстве не только в том случае, когда он имеет право ходатайствовать о реорганизации согласно рекомендации 9, но и когда он может выполнить условия для открытия производства, оговоренные в рекомендации 146, за счет включения слов "не способен или" в начале этого подпункта; исключить из подпункта (b) слова "и каждым затронутым кредитором, не входящим в голосующую категорию"; и включить дополнительно новую рекомендацию 146A примерно следующего содержания:

> "В законодательстве о несостоятельности может быть дополнительно оговорено, что ускоренное производство может быть открыто по заявлению любого должника, если:

a) обязательства должника превышают или, по всей вероятности, превысят его активы; и

b) удовлетворены требования подпунктов (b) и (c) рекомендации 146";

b) в рекомендации 147 в подпункте (c) заменить ссылку на "преференциальных кредиторов" ссылкой на "незатронутых кредиторов"; исключить слова "таких как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники"; снять квадратные скобки и сохранить первый альтернативный текст, требующий согласия незатронутых кредиторов на любые изменения их прав;

c) в связи с рекомендацией 149 было отмечено, что вступительная формулировка подпункта (b) необходима для того, чтобы позволить суду обеспечить более широкое применение последствий открытия производства, чем только к затронутым кредиторам, если, например, в интересах защиты имущественной массы необходимо применить меры и в отношении других кредиторов;

d) в рекомендации 150 снять квадратные скобки и сохранить ссылки на "затронутых" кредиторов; исключить в конце вводной части первого предложения слова "с использованием имеющихся средств";

e) в рекомендации 151 обеспечить соответствие подпункта (c) изменениям, согласованным в отношении аналогичного подпункта (c) рекомендации 147.

39. Комиссия одобрила изменение текста рекомендации 153 примерно следующим образом: "В законодательстве о несостоятельности может быть оговорено, что в случае существенного нарушения условий плана должником или его неспособности осуществить план суд может прекратить судебные процедуры и заинтересованные стороны могут осуществить свои права в законном порядке". Было также принято решение добавить в качестве новой рекомендации после рекомендации 145 текст, указывающий на возможное существование ситуаций, когда прекращение производства будет более уместным, чем его преобразование в ликвидацию.

40. Комиссия одобрила содержание раздела A главы V "Режим требований кредиторов", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) снять квадратные скобки, в которые заключен текст в рекомендации 162, и исключить слова "об отклонении" в конце второго предложения;

b) снять квадратные скобки, в которые заключен текст, содержащийся в рекомендации 163, и исключить слова "об отклонении требования";

c) в рекомендации 169 заменить слово "сторона" словом "лицо" и в подпункте (b) заменить слово "ограничена" словом "сокращена" в соответствии с текстом комментария в пункте 610;

d) в пункте 571 формулировку третьего, четвертого и пятого предложений изменить примерно следующим образом: "В законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы к исключенным требованиям. Согласно одним законам кредиторы, имеющие такие требования, не могут участвовать в производстве и лишены возможности обратиться в суд для взыскания причитающихся им сумм с должника, т.е. фактически их требования погашаются. Однако в соответствии с другими законами сохраняются альтернативные возможности взыскания причитающегося долга и реализации таких требований можно добиваться вне рамок производства по делу о несостоятельности";

e) в пункте 586 в первом предложении после слов "различные подходы в отношении тех требований" добавить слова "которые должны быть представлены в рамках производства по делу о несостоятельности, но".

41. В ответ на вопрос о том, распространяется ли действие рекомендации 155 на неденежные требования, было отмечено, что цель этой рекомендации в ее нынешней формулировке состоит в том, чтобы подчеркнуть необходимость определения в законодательстве о несостоятельности тех категорий требований, которые могут быть представлены, и привести несколько примеров. Из рекомендации в ее нынешнем виде вовсе не следует, что неденежные требования не могут быть представлены. Было отмечено, что этот вопрос можно было бы разъяснить в комментарии.

42. Комиссия одобрила содержание раздела B главы V "Приоритеты и распределение поступлений", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) изменить заголовок рекомендации 174 на следующий: "Определение очередности иных требований, помимо обеспеченных";

b) исключить второе предложение в сноске 112 с учетом того, что этот вопрос рассмотрен соответствующим образом в комментарии в пункте 633;

c) добавить в пункте 617 после слов "применимом законодательстве" примерно следующую формулировку: "(которое может предусматривать субординацию некоторых категорий требований, например, требований лиц, связанных с должником)";

d) добавить в конце пункта 621 примерно следующую формулировку: "Общий принцип признания приоритетов, существовавших до открытия производства, следует толковать как включающий приоритеты, основанные на соглашении о субординации, при условии, что такое соглашение сторон не предусматривает более высокого порядка очередности, чем тот, который был бы предоставлен в соответствии с применимом правом";

e) добавить в пункте 631 между словами "международные" и "обязательства" слово "договорные", а после слова "обязательства" добавить слова: "например, обязательства, применимые к требованиям работников, которые более подробно рассматриваются ниже";

f) в первом предложении пункта 633 после слов "категорию приоритетных требований" поставить точку и изменить формулировку следующих двух предложений примерно следующим образом: "В ряде случаев эти требования имеют более высокую очередь по сравнению с другими приоритетными требованиями, и в частности по отношению к налоговым требованиям и требованиям по социальному обеспечению, а в некоторых случаях и по отношению к обеспеченным требованиям (см. пункт 625 и последующие выше). Такой принцип приоритетного удовлетворения требований работников в целом соответствует принципу специальной защиты, предоставляемой работником в других областях законодательства о несостоятельности (см. главу III.D.6), а также принципу, закрепленному в международных договорах о защите работников[111]";

g) добавить во втором предложении пункта 634 после слов "фонд гарантий заработной платы" следующие слова: "или систему страхования, предусматривающую отдельный источник средств для обеспечения урегулирования требований работников".

43. Комиссия одобрила содержание раздела C главы V "Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности".

44. Комиссия одобрила содержание раздела A главы VI "Освобождение от обязательств", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) изменить заголовок рекомендации 184 на следующий "Освобождение должника, являющегося физическим лицом, от ответственности при ликвидации";

b) поместить второе предложение рекомендации 185 в новую рекомендацию и изменить его формулировку примерно следующим образом: "Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что освобождение должника от обязательств может быть оговорено теми или иными условиями, эти условия следует сводить к минимуму, чтобы должник мог начать дело заново, и такие условия следует также конкретно изложить в законодательстве о несостоятельности";

c) поменять местами пункты 653 и 654 и перед пунктом 654 включить заголовок "a) Когда должник является юридическим лицом"; перед пунктом 653 включить заголовок "b) Когда должник является физическим лицом"; и в пункт 653 добавить третье предложение примерно следующего содержания: "Следует отметить, что освобождение должника, являющегося физическим лицом, от обязательств, как правило, не затрагивает ответственности третьей стороны, которая гарантировала обязательства этого должника".

45. Комиссия одобрила содержание раздела B главы VI "Завершение производства", включая предложенные поправки (A/CN.9/559/Add.1), со следующими изменениями:

a) поменять местами рекомендации 186 и 187, с тем чтобы отразить первоочередное внимание, уделяемое в проекте руководства реорганизационному производству;

b) исключить оставшуюся часть рекомендации 187 после слова "закрывается";

c) добавить в пункт 667 второе предложение примерно следующего содержания: "Желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности указывалось, какая сторона может подавать заявление о завершении производства, должны ли публиковаться заявления и решения о завершении производства и могут ли быть заслушаны кредиторы в связи с поданным заявлением".

46. Рекомендации, прямо не упомянутые в настоящем докладе, были одобрены Комиссией без изменений.

47. Комиссия одобрила следующие термины глоссария, которые содержатся в документе A/CN.9/551 и которые не были окончательно согласованы Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) на ее тридцатой сессии:

a) "кредитор", "должник, сохраняющий владение", "обычные коммерческие операции", "преференция" и "лицо, связанное с должником", – без изменений;

b) "требование" – слова "другая концепция юридических обязательств" заменить словами "другой вид юридических обязательств", а слово "активы" в примечании сохранить без квадратных скобок;

c) "открытие производства" – исключить слова "событие, определяющее";

d) "взаимозачет" – исключить слово "взаимных" и сохранить слова "по финансовым договорам" без квадратных скобок;

e) "приоритет" – слово "лицо" заменить на слово "требование";

f) "обеспеченное требование" – исключить часть текста после слов "неисполнение со стороны должника";

g) "обеспеченный кредитор" – заменить следующим текстом: "Кредитор, обладающий обеспеченным требованием";

h) "обеспечительный интерес" – заменить следующим текстом: "Право в активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств";

i) "переговоры о добровольной реструктуризации" – слова "которые приводят к согласованному изменению" заменить словами "которые направлены на согласованное изменение";

j) "мошенническая передача" – исключить.

48. Комиссия одобрила следующие термины глоссария, которые содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) и которые не рассматривались Рабочей группой V на ее тридцатой сессии:

a) "реорганизация", "продажа в качестве функционирующей хозяйственной единицы" и "подозрительный период" – без изменений;

b) "план реорганизации" – исключить второе и третье предложения;

c) "зачет требований" – исключить второе предложение и заменить слово "(погашается)" в первом предложении словами "применяется для удовлетворения или сокращения";

d) "мораторий" – заменить слово "формализация" словами "действия, направленные на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон";

e) "необеспеченный кредитор" – заменить следующим текстом: "Кредитор, не обладающий обеспечительным интересом";

f) исключить термины "удержание правового титула", "обеспеченный долг", "государственное предприятие", "суперприоритет" и "необеспеченный долг".

49. Комиссия одобрила термины, содержащиеся в пунктах (a)–(i), (k)–(w) и (y), без изменений. Были внесены следующие изменения: термин (j) "обремененные активы" – заменить слова "в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес" словами "в которых кредитор имеет обеспечительный интерес"; термин (x) "требование, возникшее после открытия производства" – исключить слова "из какого-либо действия или бездействия"; термин (z) "защита стоимости" – обеспечить соответствие с формулировками рекомендации 39, включив ссылку на активы, принадлежащие третьим сторонам, и заменив ссылку на "обеспечительный интерес" словами "стоимость обремененных активов и активов, принадлежащих третьим сторонам".

50. Комиссия одобрила следующие дополнения и изменения к комментарию проекта руководства, которые отражают обсуждения рекомендаций, проведенные Комиссией, и принятые в связи с этим решения:

a) в часть первую проекта руководства добавить два следующих примечания о толковании:

i) ссылки на "лицо" должны толковаться как охватывающие как физических, так и юридических лиц, если не указывается иного;

ii) ссылки на "кредиторов" должны толковаться как охватывающие как кредиторов в государстве суда, так и иностранных кредиторов, если не указывается иного;

b) добавить в глоссарий термин "суд", определяемый следующим образом: "судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности";

c) добавить сноску к пункту 41, содержащую перекрестную ссылку на пункт 621, касающийся режима соглашений о субординации при несостоятельности;

d) пересмотреть первое предложение пункта 58 примерно следующим образом, с тем чтобы отразить изменения, внесенные в раздел B главы IV части второй, касающийся ускоренного реорганизационного производства: "Поскольку достижению соглашения с помощью переговоров о добровольной реструктуризации часто препятствуют способность кредиторов предпринимать индивидуальные принудительные действия и необходимость в единогласном согласии для изменения условий некоторых существующих категорий задолженности, в ряде стран созданы различные механизмы, включая "предшествующие несостоятельности" или "заранее согласованные" процедуры, для урегулирования подобных ситуаций. Рассматриваемое в Руководстве ускоренное реорганизационное производство, направленное на урегулирование таких ситуаций, строится на основе процедур реорганизации, однако на упрощенной основе, а также охватывает переговоры о добровольной реструктуризации, при которых план согласовывается и одобряется большинством затронутых кредиторов и в соответствии с законодательством о несостоятельности открывается реорганизационное производство для получения утверждения плана судом с целью связывания несогласных кредиторов";

e) в части второй проекта руководства пересмотреть примерно следующим образом четвертое предложение пункта 116, касающегося использования презумпций несостоятельности: "На практике кредитору требуется иметь возможность представить доказательства – например путем указания оснований для соответствующей презумпции, – устанавливающие факт неплатежеспособности должника, без наложения на кредиторов неразумно тяжелого бремени доказывания. Презумпция общей неспособности должника уплатить свои долги может устанавливаться, например, в тех случаях, когда должник не способен оплатить одну или несколько статей своей задолженности, причем неоплаченный долг не оспаривается, т.е. не является предметом юридического спора или зачета. В тех случаях, когда закон предусматривает такую презумпцию, возникает необходимость в том, чтобы законодательство о несостоятельности предоставляло должнику возможность опровергнуть ее и оговаривало основания, по которым она может быть опровергнута. К числу таких оснований могут относиться следующие: должник доказывает, что он способен уплатить свои долги; долг является предметом юридического спора; или любое другое отрицание элементов, на основании которых кредитор установил презумпцию. Уведомление должника о подаче кредитором заявления об открытии производства по делу о несостоятельности предоставит должнику возможность оспорить утверждение кредитора относительно его финансовой ситуации (см. также главу I.B.5 (e))";

f) добавить в конце пункта 142 примерно следующий текст для урегулирования вопроса об уведомлении иностранных кредиторов: "Еще одно соображение, которому необходимо уделить внимание, состоит в том, следует ли прямо урегулировать вопрос об уведомлении иностранных кредиторов в любых касающихся уведомлений требованиях, включенных в законодательство о несостоятельности, для обеспечения равного режима внутренних и иностранных кредиторов и учета международных тенденций, направленных на

устранение дискриминации на основе национальной принадлежности кредиторов. Факторы, которые следует сбалансированно принимать во внимание при разрешении этого вопроса, рассматриваются ниже в контексте способа направления уведомлений";

g) добавить в конце пункта 143 примерно следующий текст, с тем чтобы отразить изменения, внесенные в подпункт (b) рекомендации 13: "В распоряжении кредитора будут иметься различные возможные варианты действий, включая выражение согласия с заявлением, оспаривание утверждения заявителя относительно его финансового положения и подачу ходатайства об открытии иного вида производства (например, когда подается заявление о ликвидации – ходатайство об открытии реорганизационного производства). В распоряжении должника могут также иметься юрисдикционные или процессуальные возражения против заявления кредитора";

h) добавить в конце пункта 148 предложение примерно следующего содержания: "Например, в тех случаях, когда заявления об открытии производства по делу о несостоятельности могут быть отклонены на иных основаниях, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается исключение для физических лиц, не обладающих достаточными активами для финансирования управления производством, что позволяет изучить состояние деловых операций этого должника для определения того, имеются ли в наличии активы, которые могут быть изъяты, и следует ли освобождать должника от обязательств";

i) добавить после первого предложения пункта 170 текст примерно следующего содержания: "Для тех случаев, когда должник является физическим лицом, в некоторых правовых системах исключаются деликтные основания личного характера, такие как клевета, вред кредитоспособности или репутации или личный телесный ущерб. Должник сохраняет личное право на иск и удержание полученного по нему на том основании, что в противном случае стимул к исправлению в законном порядке неправомерных действий был бы ослаблен, однако должник не имеет права на иск из любой утраты доходов, связанной с этими основаниями для обращения к соответствующим процедурам";

j) добавить после пункта 181 примерно следующий текст, основывающийся на пункте 13 документа A/CN.9/550, с целью урегулирования вопроса о придании обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон: "Применительно к действиям, направленным на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон, в некоторых законах, касающихся обеспечительных интересов, предусматриваются конкретные сроки, в течение которых этим обеспечительным интересам должна быть придана сила в отношении третьих сторон, будь то путем регистрации, опубликования соответствующей информации или с помощью других средств. В тех случаях, когда в законе какого-либо государства предусматриваются такие сроки, они могут быть признаны в законодательстве о несостоятельности и может быть разрешен такой порядок, при котором обеспечительным интересам будет придаваться сила в отношении должника и третьих сторон после открытия производства по делу о несостоятельности, однако в течение оговоренного срока. В тех случаях, когда закон таких сроков не предусматривает, мораторий, применимый по открытии производства по делу о несостоятельности, будет препятствовать приданию силы обеспечительному интересу. Вопрос о том, будет ли какое-либо подобное действие придавать обеспечительному интересу силу в отношении третьих сторон при несостоятельности, следует разграничивать от вопроса о том, допускаются ли какие-либо подобные действия. В случае несостоятельности последствия будут зависеть от того действия, которое требуется для придания

интересу силы. Если, например, придание силы требует регистрации, она может допускаться и после открытия производства, однако если придание силы связано, например, со вступлением обеспеченного кредитора во владение активами, может быть высказано и иное мнение, состоящее в том, что подобные действия сократят активы, которые могут быть включены в имущественную массу";

k) добавить в конце пункта 196 примерно следующее предложение с целью отразить изменения, внесенные в рекомендацию 33: "Обеспечительные меры будут также прекращаться в случаях, если заявление об открытии производства отклонено или постановление об обеспечительных мерах успешно оспорено";

l) исключить слова "например дате открытия производства, а также о текущем контроле за стоимостью" в конце второго предложения пункта 213 и добавить примерно следующий текст, касающийся определения стоимости активов: "с учетом цели, для которой требуется установить стоимость. В некоторых случаях активы могут быть оценены сторонами до открытия производства и действительность такой оценки может сохраняться на момент открытия. Может существовать необходимость в проведении общей оценки стоимости незамедлительно после открытия производства для цели регистрации всех активов и обязательств и подготовки чистого баланса состояния дел должника с тем, чтобы у управляющего в деле о несостоятельности сложилось определенное представление о стоимости имущественной массы. В ходе производства может потребоваться оценка стоимости активов, особенно обремененных активов, для определения стоимости обеспеченного требования (и любого соответствующего необеспеченного требования), а также урегулирования вопросов защиты. Определение стоимости активов может также потребоваться для целей реализации частей коммерческого предприятия или каких-либо конкретных активов в ином порядке, чем в ходе обычных коммерческих операций, а также на этапе утверждения плана для целей соблюдения применимых требований. С этим связаны вопросы о затратах на оценку стоимости и о той стороне, которая должна нести такие затраты", а также исключить последнее предложение пункта 213;

m) добавить после первого предложения пункта 225 предложение примерно следующего содержания с целью отразить изменения, внесенные в рекомендацию 41 и подпункт (b) рекомендации 117: "В тех случаях, когда образуется комитет кредиторов и законодательство о несостоятельности предусматривает необходимость проведения с кредиторами консультаций по вопросам продажи активов вне рамок обычных коммерческих операций, требование об уведомлении кредиторов о любой предлагаемой продаже может быть удовлетворено путем уведомления комитета кредиторов, с тем чтобы свести к минимуму затраты и избежать любых задержек, связанных с уведомлением всех кредиторов";

n) добавить перед последним предложением пункта 276 примерно следующее предложение, с тем чтобы отразить содержание рекомендации 65: "В законодательстве о несостоятельности следует четко оговорить те обстоятельства, при которых от должника требуется исправление нарушения обязательств для цели продолжения исполнения контракта";

o) добавить после второго предложения пункта 278 примерно следующее предложение, с тем чтобы отразить изменения, внесенные в рекомендацию 66: "В тех случаях, когда исполнение контракта продолжено в ожидании принятия решения о продолжении или расторжении этого контракта, затраты на продолжение исполнения, возникающие в связи с этим контрактом, должны оплачиваться как административные расходы", и в конце этого пункта добавить еще одно предложение примерно следующего содержания: "Если

управляющий в деле о несостоятельности использует принадлежащие третьей стороне активы, которые согласно условиям контракта находятся во владении должника, затраты по этому контракту, возникающие в связи с продолжением его исполнения, подлежат оплате в качестве административных расходов, а третьей стороне должна обеспечиваться защита против сокращения стоимости таких активов в той мере, в которой эти вопросы не регулируются контрактом";

p) добавить в пункт 314 пример, разъясняющий, что ссылка на "потенциальных кредиторов" представляет собой ссылку на стороны, которые не являлись кредиторами в момент совершения сделки, подлежащей расторжению, но которые должны были стать кредиторами, например в случае, когда должник ведет переговоры о получении новых кредитов и переводит активы с тем, чтобы избежать распространения на них обеспечительного интереса;

q) исключить из первого предложения пункта 316 часть, начинающуюся со слов "при этом, как правило" и до конца предложения, с тем чтобы отразить изменения, принятые в отношении рекомендации 73;

r) добавить в конце пункта 341 предложение примерно следующего содержания, касающееся сроков начала процедуры расторжения сделок: "Независимо от избранного подхода желательно, чтобы был установлен относительно короткий срок, как об этом говорилось в приведенных выше примерах, с тем чтобы избежать неопределенности и обеспечить быстрый ход производства по делу о несостоятельности";

s) добавить в конце первого предложения пункта 343 следующие слова с тем, чтобы отразить возражение на основе "обычных операций", о котором говорится в рекомендации 82: "и, например, является сделкой, совершенной в ходе обычных коммерческих операций";

t) добавить в первое предложение пункта 387 слова "относительно должника", с тем чтобы отразить изменения, внесенные в рекомендацию 96, а также добавить ссылку на "профессиональные тайны или привилегированную или в иных отношениях конфиденциальную информацию";

u) переформулировать примерно следующим образом вступительные слова пункта 408(xv) с тем, чтобы отразить изменения, внесенные в рекомендацию 104: "продолжение функционирования коммерческого предприятия и управления им";

v) добавить в конце пункта 451 предложение примерно следующего содержания с тем, чтобы отразить обсуждение, проведенное по рекомендации 112: "В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает созыв таких собраний, желательно, чтобы в нем оговаривались также вопросы, выносимые на обсуждение и разрешаемые на таких собраниях";

w) добавить перед последним предложением пункта 466 примерно следующий текст с тем, чтобы привести его в соответствие с подпунктом (b) рекомендациями 117 и рекомендацией 41, а также пунктом 225: "Комитет кредиторов может также выполнять определенные функции в связи с получением от имени кредиторов уведомлений о некоторых вопросах, интересующих представляемых им кредиторов. Например, в случае, когда законодательство о несостоятельности предусматривает необходимость проведения с кредиторами консультаций по вопросам продажи активов вне рамок обычных коммерческих операций, уведомление о любой такой предлагаемой продаже может осуществляться через комитет кредиторов для экономии времени, сведения к минимуму затрат и облегчения консультаций между комитетом и кредиторами, которых он представляет";

x) добавить во второе предложение пункта 505 слова "резюме плана" и "нефинансовая информация, которая может иметь последствия для дальнейшего исполнения со стороны должника, например о возможности получить новый патент", с тем чтобы отразить изменения, внесенные в рекомендацию 129;

y) пересмотреть формулировку второго и третьего предложений пункта 547 примерно следующим образом: "Как уже отмечалось, этот подход может не позволить разрешить финансовые трудности должника, в зависимости от стадии осуществления плана, на который происходит срыв, и может привести к борьбе за активы, избежать которой предполагалось с помощью открытия коллективного производства. В то же время могут существовать ситуации, когда надлежащим образом действий является такой порядок, при котором суду разрешается закрыть производство, а заинтересованным сторонам позволяется реализовывать их права в законном порядке. Возможный пример такой ситуации – это случай, когда остающиеся активы обременены и распределение среди необеспеченных кредиторов невозможно. В подобных обстоятельствах и в зависимости от стадии осуществления плана компромиссный подход мог бы состоять ...." ;

z) пересмотреть пункт 557 примерно следующим образом для согласования его с изменениями, внесенными в рекомендации 146 и 146A: "Желательно, чтобы предусматривалась возможность подачи заявления об ускоренном реорганизационном производстве со стороны должника, который еще не вправе ходатайствовать об открытии производства согласно общим содержащимся в законодательстве о несостоятельности положениям о реорганизации, но который, по всей вероятности, будет в целом неспособен уплатить свои долги в будущем по мере наступления сроков их погашения. Включение в законодательство о несостоятельности положений, которые позволяют таким должникам ходатайствовать об открытии ускоренного производства, признает необходимость в заблаговременном урегулировании финансовых трудностей и позволяет обращаться к соглашениям о добровольной реструктуризации, одобренным большинством затронутых кредиторов. Открытие ускоренного производства обеспечит защиту несогласных кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности. Будут также применяться юрисдикционные требования, в целом касающиеся заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности";

aa) добавить в начале пункта 558 предложение примерно следующего содержания: "В законодательстве о несостоятельности может также предусматриваться, что открытие ускоренного производства является возможным для должника, который уже вправе ходатайствовать о полномасштабном производстве согласно законодательству о несостоятельности (см. главу I.B)";

bb) применительно к пунктам 559–565 – добавить (в надлежащем месте) текст, отражающий содержание подпункта (b) рекомендации 149 и рекомендаций 150, 152 и 153, касающихся последствий открытия ускоренного производства и обстоятельств, при которых суду было бы уместно расширить категории затрагиваемых кредиторов, уведомления об открытии ускоренного производства, последствий утвержденного плана и срыва в осуществлении. Такой текст будет основываться на материалах, использованных при рассмотрении этих же вопросов в главе IV;

cc) добавить после второго предложения пункта 571 предложение примерно следующего содержания с тем, чтобы урегулировать вопрос о неденежных требованиях: "В законодательстве о несостоятельности, возможно, также потребуется урегулировать вопрос о режиме для требований

неденежного характера, таких как право на исполнение обязательства (например, поставку конкретного имущества) или безоборотный кредит";

dd) добавить в пункт 594 следующий текст с тем, чтобы отразить пересмотренный вариант рекомендации 162: i) в конце второго предложения – "или требуется специальный режим, например в случае, когда они являются требованиями лиц, связанных с должником"; ii) в третьем предложении – "или устанавливается специальный режим"; и iii) в конце четвертого предложения – "и облегчать рассмотрение соответствующих вопросов судом, когда решение управляющего в деле о несостоятельности оспаривается";

ee) пересмотреть третье от конца предложение в пункте 669 примерно следующим образом с тем, чтобы отразить изменения, внесенные в рекомендации 145A и 153: "Если план реорганизации не выполнен в полном объеме, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться, что в случае существенного нарушения плана должником или невозможности осуществления плана суд может преобразовать производство в ликвидацию с тем, чтобы не допустить создания положения, при котором должник остается неплатежеспособным, а его финансовое положение – неурегулированным. В качестве альтернативы законодательство о несостоятельности может предусматривать прекращение производства в определенных обстоятельствах. К их числу могут относиться случаи, когда оставшиеся активы обременены и распределение среди необеспеченных кредиторов невозможно. Решение вопроса о том, представляет ли собой преобразование официальное завершение реорганизационного производства ....";

ff) добавить в конце пункта 652 "Трудовые договоры", содержащегося в документе A/CN.9/WG.V/WP.72, предложение примерно следующего содержания: "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".

51. Комиссия одобрила включение Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[2] и Руководства по его принятию[3] в качестве приложений в проект руководства и отметила, что, поскольку в пунктах 18, 19, 31, 72, 74 и 75 Руководства по принятию содержатся ссылки на Конвенцию о производстве по делам о несостоятельности Европейского союза, в них потребуется внести изменения для учета вступления в силу Правил Совета (ЕС) № 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности от 29 мая 2000 года.

52. Комиссия также отметила, что в разделы, содержащие рекомендации, должны быть добавлены ссылки на обсуждение соответствующих вопросов в комментарии и что в надлежащие места комментария также могут быть включены ссылки на соответствующие рекомендации.

53. Комиссия просила Секретариат отредактировать и окончательно доработать текст руководства в свете проведенных в Комиссии обсуждений и внести в него любые дальнейшие редакционные поправки, необходимые для обеспечения соответствия комментария проекта руководства с рекомендациями.

54. Комиссия заслушала заявление наблюдателя от Международного валютного фонда (МВФ), в котором отмечалось широкое участие международного сообщества в работе над текстом проекта и обусловленное этим высокое качество этого документа, а также выражалась надежда на то,

---

[2] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/52/17), приложение I.

[3] A/CN.9/422, приложение.

что он послужит важным инструментом для обеспечения информированности об эффективном законодательстве в области несостоятельности на международном уровне. Было упомянуто о соглашении, достигнутом МВФ, Всемирным банком и ЮНСИТРАЛ на основе предложения, изложенного в пункте 21 документа A/CN.9/551. Было указано, что в течение следующих нескольких месяцев Всемирный банк завершит окончательный пересмотр своих Принципов и рекомендаций в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов, и что эти Принципы будут затем объединены с проектом руководства и некоторыми дополнительными материалами по институциональным и регулятивным рамкам в едином документе, который будет представлен исполнительным советам МВФ и Банка в октябре 2004 года. Утверждение этими советами позволит использовать унифицированный стандарт при оценке национальных систем несостоятельности.

55. На своем 792-м заседании 25 июня Комиссия приняла следующее решение:

"*Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*,

признавая важность надежных режимов несостоятельности для всех стран,

признавая, что эффективный и действенный режим несостоятельности, несомненно, отвечает публичным интересам в качестве средства поощрения экономического развития и инвестирования,

отмечая растущее осознание того, что режимы реорганизации имеют важнейшее значение для восстановления предприятий и экономического подъема, развития предпринимательской активности, сохранения занятости и поступлений рискового капитала,

отмечая также, что эффективность режимов реорганизации оказывает воздействие на доступность финансирования на рынке капитала, при том, что сравнительный анализ таких систем становится как обычной практикой, так и жизненно важным элементом для целей кредитования, что затрагивает страны, находящиеся на всех уровнях экономического развития,

отмечая далее важность вопросов социальной политики, включая интересы лиц, участвующих в несостоятельном предприятии–должнике, для структуры режима несостоятельности,

признавая, что решения связанных с несостоятельностью ключевых экономических, юридических и законодательных вопросов, согласованные на международном уровне в результате процесса с участием широкого круга заинтересованных сторон, будут полезны как для государств, которые не располагают эффективными и действенными режимами несостоятельности, так и для государств, которые приступили к процессу обзора и обновления своих режимов несостоятельности,

отмечая, что Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (к которому прилагаются Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[2] и Руководство по его принятию[3]), вместе с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, подготовкой которого занимается в настоящее время Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы), создадут ключевые элементы современной базы коммерческого права,

напоминая о мандате, предоставленном Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) в связи с подготовкой

всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик надежного режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая внесудебную реструктуризацию, а также руководства для законодательных органов, предусматривающего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, в том числе обсуждение возможных альтернативных подходов, а также преимуществ и недостатков таких подходов и рекомендаций,

высоко оценивая участие в разработке Руководства для законодательных органов межправительственных и неправительственных международных организаций, проводящих работу в области реформы законодательства о несостоятельности, и оказанную ими поддержку в этой связи,

отмечая с одобрением сотрудничество между Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) применительно к режиму обеспеченных кредиторов и обеспечительных интересов при несостоятельности, и их приверженность последовательному урегулированию общих вопросов,

подтверждая свое намерение продолжать координацию и сотрудничество со Всемирным банком и Международным валютным фондом в целях содействия выработке унифицированного международного стандарта в области законодательства о несостоятельности,

выражая признательность Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) за проделанную работу по подготовке проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности,

1. *принимает* Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, состоящее из текста, содержащегося в рабочем документе Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности)[4] с изменениями, внесенными в записке Секретариата от 30 апреля 2004 года[5], а также поправками, принятыми Комиссией на ее тридцать седьмой сессии[6], и Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[2] и Руководства по его принятию[3], приложенных к нему, и уполномочивает Секретариат отредактировать и окончательно доработать текст *Руководства для законодательных органов* в свете проведенных Комиссией обсуждений;

2. *просит* Генерального секретаря препроводить текст *Руководства для законодательных органов* правительствам и другим заинтересованным органам;

3. *рекомендует* всем государствам использовать *Руководство для законодательных органов* для оценки экономической эффективности режимов несостоятельности, установленных их законодательством, и благожелательно принимать *Руководство для законодательных органов* во внимание при пересмотре или принятии законодательства, касающегося вопросов несостоятельности, и предлагает государствам, использовавшим *Руководство для законодательных органов*, сообщить об этом Комиссии;

4. *рекомендует* всем государствам продолжить рассмотрение вопроса об осуществлении Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности".

---

[4] A/CN.9/WG.V/WP.70 (Части I и II).

[5] A/CN.9/559 и Add.1–3.

[6] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17* (A/59/17), пункты 12-53.

IV. Арбитраж: доклад Рабочей группы II о ходе работы

56. На своей тридцать второй сессии в 1999 году Комиссия, проведя обмен мнениями о будущей работе в области международного коммерческого арбитража, постановила поручить эту работу одной из своих рабочих групп. Было решено, что приоритетными темами для рассмотрения рабочей группой должны стать, в том числе, требование письменной формы арбитражного соглашения и возможность приведения в исполнение обеспечительных мер[7]. Рабочая группа, которая впоследствии получила название Рабочая группа II (Арбитраж и согласительная процедура), приступила к работе по этому мандату на своей тридцать второй сессии (Вена, 20–31 марта 2000 года).

57. На своей тридцать седьмой сессии Комиссия отметила прогресс, достигнутый Рабочей группой на ее тридцать девятой (Вена, 10–14 ноября 2003 года) и сороковой (Нью–Йорк, 23–27 февраля 2004 года) сессиях (см. A/CN.9/545 и A/CN.9/547, соответственно). Комиссия отметила, что Рабочая группа продолжила обсуждение проекта текста пересмотренного варианта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[8], касающегося полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры, а также проекта положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон под предварительным номером 17 бис). Комиссия выразила Рабочей группе благодарность за прогресс, достигнутый к настоящему моменту в вопросе об обеспечительных мерах.

58. Комиссия далее была проинформирована о том, что Рабочая группа намеревается завершить обзор проектов статей 17 и 17 бис Типового закона, а также окончательно сформулировать свою позицию по вопросу о режиме обеспечительных мер *ex parte* в Типовом законе на своих следующих двух сессиях (см. пункт 136(b) ниже). Было вновь высказано мнение о том, что вопрос об обеспечительных мерах *ex parte*, который, по общему мнению Комиссии, является важным и по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать ход работы по пересмотру Типового закона[9]. В ответ было отмечено, что Рабочая группа на своих последних сессиях не уделяла обсуждению этого вопроса значительного времени. Была выражена надежда, что консенсус по этой проблеме может быть достигнут на следующей сессии Рабочей группы на основе пересмотренного проекта, который должен быть подготовлен Секретариатом.

59. Комиссия также отметила, что Рабочая группа еще не завершила свою работу в связи с проектом статьи 17 тер, касающимся обеспечительных мер, вынесенных государственными судами в поддержку арбитражного разбирательства, и в связи с "требованием письменной формы", содержащимся в пункте 2 статьи 7 Типового закона и пункте 2 статье II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений ("Нью–йоркская конвенция")[10]. Что касается Нью–йоркской конвенции, то Комиссии было сообщено о том, что Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о включении Нью–йоркской конвенции в список международных документов, к которым будет применяться проект конвенции об урегулировании некоторых вопросов электронного заключения договоров, подготовкой которого занимается в настоящее время Рабочая группа IV (Электронная торговля) (см. также пункты 67–72).

---

[7] Там же, *пятьдесят четвертая сессия*, *Дополнение № 17* (A/54/17), пункт 380.

[8] Там же, *сороковая сессия*, *Дополнение № 17* (A/40/17), приложение I.

[9] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 203.

[10] United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739.

60. Что касается будущей работы в области урегулирования коммерческих споров, то Комиссия отметила, что на своей предыдущей сессии она заслушала предложения о том, чтобы вопросы о применимости арбитража, а также о пересмотре Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ[11] и Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства[12] были рассмотрены на предмет включения в будущую программу работы после завершения нынешних проектов, рассматриваемых в настоящее время Рабочей группой[13]. Хотя в целом Комиссия придерживалась мнения о том, что на нынешней сессии было бы преждевременно принимать окончательное решение относительно возможной будущей работы в области урегулирования коммерческих споров, определенная поддержка была выражена рассмотрению Рабочей группой возможности проведения ограниченного пересмотра Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В этой связи было высказано мнение о том, что при определении масштабов такого пересмотра, которые должны быть четко определены с тем, чтобы не нанести ущерба стабильности, которую обеспечивает в качестве справочного документа Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ на протяжении почти тридцатилетнего существования этого документа, необходимо проявлять особую осторожность. Была также выражена точка зрения о том, что предварительное рассмотрение возможного пересмотра Регламента не должно препятствовать планированию Рабочей группой других возможных тем для будущей работы, таких как использование арбитража в вопросах корпоративного управления или использование механизмов разрешения споров в режиме онлайн.

61. Комиссия отметила, что в 2005 году будет отмечаться двадцатая годовщина принятия Типового закона, и согласилась с тем, что в различных регионах следует организовать конференции для празднования этого события и что такие конференции послужат форумом для рассмотрения опыта судов и третейских судов в применении внутренних законодательных актов, вводящих в действие Типовой закон, а также для изучения возможной будущей работы в области урегулирования коммерческих споров.

V. Транспортное право: доклад Рабочей группы III о ходе работы

62. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия учредила Рабочую группу III (Транспортное право) и возложила на нее задачу подготовки в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными организациями законодательного документа по таким вопросам, касающимся международной морской перевозки грузов, как сфера применения документа, период ответственности перевозчика, обязанности перевозчика, ответственность перевозчика, обязанности грузоотправителя и транспортные документы[14]. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия одобрила рабочее предположение о том, что проект документа по транспортному праву будет охватывать транспортные операции "от двери до двери", при том условии, что рассмотрение вопроса о сфере применения проекта документа будет продолжено после завершения рассмотрения Рабочей группой материально–правовых положений проекта документа и достижения более полного понимания их действия в контексте операций "от двери до двери"[15]. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия отметила трудности,

---

[11] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать первая сессия, Дополнение № 17* (A/31/17), пункт 57.

[12] Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVII: 1996 год, часть третья, приложение II.

[13] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополне-ние № 17* (A/58/17), пункт 204.

[14] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 345.

которые возникают при подготовке проекта документа, и разрешила Рабочей группе в порядке исключения провести ее двенадцатую и тринадцатую сессии продолжительностью по две недели каждая при том понимании, что вопрос о продолжительности сессий Рабочей группы можно будет вновь рассмотреть на тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году[16]. Рассмотрение этого вопроса на тридцать седьмой сессии Комиссии см. пункты 132 и 133 ниже.

63. На своей тридцать седьмой сессии Комиссия приняла к сведению доклады о работе двенадцатой (Вена, 6–17 октября 2003 года) и тринадцатой (Нью–Йорк, 3–14 мая 2004 года) сессий Рабочей группы (A/CN.9/544 и A/CN.9/552, соответственно).

64. Комиссия с удовлетворением отметила, что Рабочая группа продолжила рассмотрение проекта документа по [полностью или частично] [морской] перевозке грузов. Комиссия вновь отметила масштабность проекта и трудности, возникающие в процессе подготовки проекта документа, в частности при рассмотрении спорных вопросов, которые по-прежнему остаются открытыми и требуют поиска труднодостижимого равновесия между различными противоположными интересами, которые затрагиваются в данном случае.

65. Комиссия была информирована о том, что на своих двенадцатой и тринадцатой сессиях Рабочая группа продолжила рассмотрение проекта документа во втором чтении и достигла определенного прогресса в решении ряда таких трудных вопросов, как сфера применения документа и ключевые положения об ответственности. Комиссия была также информирована о том, что в целях ускорения обмена мнениями, формулирования предложений и достижения консенсуса в ходе подготовки к рассмотрению проекта документа в третьем и последнем чтении ряд делегаций, участвовавших в работе тринадцатой сессии Рабочей группы, выступили с инициативой создания неофициальной консультативной группы для продолжения обсуждений в период между сессиями Группы.

66. Комиссия поддержала усилия Рабочей группы по ускорению хода ее работы над таким сложным проектом. По вопросу о возможных сроках завершения подготовки проекта документа ряд выступавших высказали мнение о том, что было бы желательно завершить рассмотрение проекта документа в третьем чтении в целях его принятия Комиссией в 2006 году. В то же время ряд выступавших высказали также мнение о том, что важнейшей задачей при подготовке проекта документа следует считать обеспечение высокого качества. Достижение этой цели не должно быть поставлено под угрозу в результате поспешного обсуждения важных вопросов, которые еще только предстоит решить. После обсуждения Комиссия решила, что 2006 год следует рассматривать в качестве желательного срока завершения этого проекта, но что вопрос об установлении предельного срока завершения работы над этим проектом должен быть вновь рассмотрен на ее тридцать восьмой сессии в 2005 году. (Информацию о двух следующих сессиях Рабочей группы см. пункт 136(c) ниже.)

VI. Электронная торговля: доклад Рабочей группы IV о ходе работы

67. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия одобрила свод рекомендаций в отношении будущей деятельности, которые были

[15] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 224.
[16] Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 208.

подготовлены Рабочей группой IV (Электронная торговля) на ее тридцать восьмой сессии (Нью–Йорк, 12–23 марта 2001 года)[17].

68. На своей тридцать седьмой сессии Комиссия приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее сорок второй (Вена, 17–21 ноября 2003 года) и сорок третьей (Нью–Йорк, 15–19 марта 2004 года) сессий (A/CN.9/546 и A/CN.9/548, соответственно).

69. Комиссия с удовлетворением отметила, что Рабочая группа продолжила рассмотрение предварительного проекта конвенции, регулирующего отдельные вопросы электронного заключения договоров, и вновь выразила мнение о том, что международный документ, регулирующий некоторые вопросы электронного заключения договоров, станет полезным вкладом в дело содействия использованию современных средств связи в трансграничных коммерческих сделках.

70. Комиссия была проинформирована о том, что Рабочая группа на ее сорок второй сессии провела обзор статей 8–15 пересмотренного текста предварительного проекта конвенции. Комиссия отметила, что Рабочая группа на ее сорок третьей сессии рассмотрела статьи X и Y, а также статьи 1–4 проекта конвенции и что она провела общее обсуждение проектов статей 5–7 бис.

71. Комиссия выразила поддержку усилиям Рабочей группы по включению в проект конвенции положений, направленных на ликвидацию возможных юридических препятствий электронной торговле, которые могут возникнуть в силу действующих международных документов, касающихся торговли. Комиссия была проинформирована о том, что Рабочая группа согласилась с тем, что ей следует попытаться завершить свою работу над проектом конвенции с целью обеспечить возможность его рассмотрения и принятия Комиссией в 2005 году. Комиссия выразила свою признательность за усилия Рабочей группы и приняла решение о том, что своевременное завершение работы Группы над проектом конвенции следует рассматривать в качестве важной задачи, что оправдывает согласие на проведение в октябре 2004 года сорок четвертой сессии Рабочей группы продолжительностью в две недели (см. пункты 134 и 136(d) ниже).

72. Был проведен обмен мнениями относительно возможной будущей работы в области электронной торговли после завершения нынешнего проекта. Хотя в целом было достигнуто согласие о том, что на нынешнем этапе не может быть принято решения по этому вопросу, Комиссия приняла к сведению ряд предложений. Одно из них состояло в том, что Рабочей группе следует рассмотреть подготовку руководящих принципов для оказания помощи государствам в создании всеобъемлющих юридических рамок, облегчающих использование электронной торговли. К числу возможных элементов таких руководящих принципов относятся вопросы защиты данных, прав интеллектуальной собственности и электронного мошенничества. Другое предложение заключалось в том, что Рабочая группа может вновь изучить вопрос об оборотном характере и передаче прав в материальных или нематериальных товарах с помощью электронных средств. Еще одно мнение состояло в том, что Рабочей группе, возможно, потребуется рассмотреть свою будущую роль в свете выводов, которые будут сделаны в 2005 году на Всемирной встрече на высшем уровне по вопросам информационного общества, которая будет созвана Организацией Объединенных Наций и Международным союзом электросвязи. Еще одно принятое к сведению предложение заключалось в том, что Рабочая группа может взять на себя роль инструмента сотрудничества с другими рабочими группами и органами вне рамок ЮНСИТРАЛ. К Секретариату была обращена просьба рассмотреть

[17] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 291–293.

вопрос о подготовке любых соответствующих исследований для содействия обсуждению Комиссией на ее тридцать восьмой сессии в 2005 году вопроса о будущей работе в области электронной торговли.

VII. Обеспечительные интересы: доклад Рабочей группы VI о ходе работы

73. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия поручила Рабочей группе VI (Обеспечительные интересы) задачу разработки эффективного правового режима обеспечительных интересов в товарах, являющихся объектом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы[18]. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе, а также подтвердила, что этот мандат следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[19]. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия подтвердила, что вопрос о точной сфере работы и, в частности, о том, следует ли охватить в проекте руководства для законодательных органов торговую дебиторскую задолженность, аккредитивы, депозитные счета и права интеллектуальной и промышленной собственности, относится к компетенции самой Рабочей группы[20].

74. На ее тридцать седьмой сессии Комиссии были представлены доклады Рабочей группы IV о работе ее четвертой (Вена, 8–12 сентября 2003 года) и пятой (Нью–Йорк, 22–25 марта 2004 года) сессий (A/CN.9/543 и A/CN.9/549, соответственно). Комиссии был также представлен доклад второй совместной сессии рабочих групп V (Законодательство о несостоятельности) и VI (A/CN.9/550).

75. Комиссия выразила благодарность Рабочей группе VI за завершение второго чтения проекта руководства об обеспеченных сделках, включая введение и главы, посвященные ключевым целям (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) и созданию обеспечительных прав (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), а также третье чтение глав, посвященных публичности (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2), приоритету (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3), несостоятельности (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) и коллизионному праву (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7). В этой связи Комиссия с заинтересованностью отметила, что на своей пятой сессии Рабочая группа пришла к мнению о том, что публичность должна являться предварительным условием силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон и обеспечения защиты третьих сторон (A/CN.9/549, пункт 35). Комиссия также выразила признательность рабочим группам V и VI за прогресс, достигнутый на их второй совместной сессии, на которой они рассмотрели неурегулированные вопросы, представляющие общий интерес (см. A/CN.9/WG.V/WP.71).

76. Кроме того, Комиссия с удовлетворением отметила прогресс, достигнутый Рабочей группой в деле координации своей работы по вопросам коллизионного права с Гаагской конференцией по международному частному праву и, в частности, планы проведения совместного совещания экспертов. Комиссия также приветствовала усилия по координации работы с Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП), который занимается подготовкой текста, посвященного обеспечительным интересам в ценных бумагах. Комиссия также высоко оценила координацию работы со Всемирным банком, который разрабатывает принципы и

---

[18] Там же, пункт 358.

[19] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 204.

[20] Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 222.

рекомендации в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов, в частности достигнутое соглашение о том, что текст Всемирного банка составит вместе с проектом руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам единый международный стандарт.

77. Кроме того, Комиссия с заинтересованностью отметила, что предварительный обобщенный свод рекомендаций может быть готов к началу 2005 года. Комиссия также приветствовала подготовку дополнительных глав, касающихся различных видов активов, таких как оборотные инструменты, депозитные счета, аккредитивы и права интеллектуальной собственности. В этой связи, хотя и было выражено общее признание важности этих категорий активов, было указано, что их включение в проект руководства не должно осуществляться за счет снижения темпов работы в отношении ключевых активов, охватываемых сферой рассмотрения проекта руководства (т.е. товаров, включая инвентарные запасы, и торговой дебиторской задолженности).

78. После обсуждения Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе VI на тридцать четвертой сессии Комиссии и впоследствии подтвержденный на ее тридцать пятой и тридцать шестой сессиях (см. пункт 73 выше). Комиссия также просила Рабочую группу ускорить ее работу, с тем чтобы представить проект руководства Комиссии для окончательного принятия в возможно скорейшие сроки, желательно, в 2006 году. (Информацию о двух следующих сессиях Рабочей группы см. пункт 136(f) ниже.)

VIII. Будущая работа в области публичных закупок

79. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия рассмотрела записку Секретариата о возможной будущей работе в области публичных закупок (A/CN.9/539 и Add.1). Было отмечено, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[21] содержит процедуры, направленные на обеспечение конкуренции, прозрачности, справедливости, экономии и эффективности в процессе закупок, и что он стал важным международным ориентиром в деле реформирования правового регулирования закупок. Тем не менее было также указано, что, несмотря на общепризнанную ценность Типового закона, со времени его принятия появились новые проблемы и виды практики, которые могут послужить основанием для корректировки его текста[22]. На этой сессии было активно поддержано предложение о включении вопроса о правовом регулировании закупок в программу работы Комиссии[23], и Комиссия просила Секретариат подготовить подробные исследования по вопросам, указанным в записке Секретариата (A/CN.9/539 и Add.1), и выработать предложения по их решению для рассмотрения рабочей группой на сессии, которая может быть созвана в третьем квартале 2004 года[24].

80. На ее тридцать седьмой сессии на рассмотрении Комиссии находилась записка Секретариата (A/CN.9/553), представленная в ответ на эту просьбу и содержащая резюме проведенных исследований по вопросам, которые могут заслуживать обсуждения при пересмотре Типового закона. Эти исследования были проведены Секретариатом после тридцать шестой сессии Комиссии в консультациях с организациями, обладающими опытом и экспертными

---

[21] Там же, *сорок девятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Corr.1), приложение I.

[22] Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 225–230.

[23] Там же, пункт 229.

[24] Там же, пункт 230.

знаниями в области публичных закупок. В центре внимания этих исследований стояли вопросы, возникающие в связи с расширением использования электронных сообщений при публичных закупках (там же, пункты 10–40), а также возможные дополнительные вопросы (там же, пункты 41–82).

81. Комиссия выразила согласие с тем, что Типовой закон может быть с пользой обновлен для учета новых видов практики, особенно тех из них, которые обусловлены использованием электронных сообщений при публичных закупках, и опыта, накопленного при использовании Типового закона в качестве основы реформирования законодательства. В дополнение к законодательному режиму электронных сообщений в области публичных закупок, в качестве примера вопросов, заслуживающих изучения, было упомянуто о закупке услуг, а также о средствах правовой защиты и вопросах, связанных с принудительным исполнением. Было также указано на возможную полезность рассмотрения вопроса об упрощении редакции типовых положений. В то же время было отмечено, что при обновлении Типового закона необходимо проявлять осторожность, с тем чтобы не допустить отхода от базовых принципов Типового закона и не изменять положений, доказавших свою полезность.

82. Комиссия постановила поручить разработку предложений о пересмотре Типового закона своей Рабочей группе I (Закупки). Рабочей группе был предоставлен гибкий мандат на выявление вопросов, которые должны быть рассмотрены в ходе обсуждения, и к Секретариату была обращена просьба предоставить в распоряжение Рабочей группы надлежащие материалы, в которых более подробно изучаются вопросы, рассмотренные в записке Секретариата (A/CN.9/553), с тем чтобы способствовать обсуждениям в Группе. (Информацию о двух следующих сессиях Рабочей группы см. пункт 136(a) ниже.)

IX. Наблюдение за осуществлением Нью–йоркской конвенции

83. Комиссия напомнила, что на своей двадцать восьмой сессии в 1995 году она одобрила проект, который осуществляется совместно с Комитетом D Международной ассоциации адвокатов и цель которого состоит в наблюдении за законодательным осуществлением Нью–йоркской конвенции[25]. Секретариат представил Комиссии устный доклад о ходе работы, в котором сообщалось, что по состоянию на 8 апреля 2004 года участниками Конвенции являлись 134 государства и что Секретариат получил 75 ответов на разосланный вопросник.

84. Комиссия выразила свою признательность тем государствам–участникам, которые представили ответы после окончания ее тридцать шестой сессии, и призвала остальные государства–участники также представить свои ответы. К Секретариату была обращена просьба, при условии наличия необходимых ресурсов, предпринять все усилия для представления предварительного анализа полученных ответов для рассмотрения Комиссией на ее тридцать восьмой сессии в 2005 году.

[25] Там же, *пятидесятая сессия, Дополнение № 17* (A/50/17), пункты 401–404.

X. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ и краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и другим единообразным текстам

A. Прецедентное право

85. Комиссия с удовлетворением отметила продолжающуюся работу по этой системе, которая была создана для сбора и распространения прецедентного права по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ) и которая предусматривает подготовку выдержек из судебных и арбитражных решений, касающихся текстов ЮНСИТРАЛ, подборку полных текстов этих решений и подготовку вспомогательных материалов и аналитических средств, например тезаурусов и предметных указателей. На 22 июня 2004 года для публикации были подготовлены 42 выпуска ППТЮ, охватывающие 489 дел, касающихся в основном Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров[26] и Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[8].

86. Комиссия выразила признательность национальным корреспондентам за их работу по отбору решений и подготовке выдержек из дел. Было широко отмечено, что ППТЮ по-прежнему является важной частью общей информационной деятельности, проводимой ЮНСИТРАЛ в области подготовки кадров и оказания технической помощи. Также было выражено общее мнение о том, что широкое распространение материалов ППТЮ на всех шести официальных языках Организации Объединенных Наций как в печатном виде, так и в электронном формате способствует унифицированному толкованию и применению текстов ЮНСИТРАЛ за счет облегчения доступа к судебным и арбитражным решениям, принятым в других правовых системах.

B. Краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и другим единообразным текстам

87. Комиссия напомнила, что на своей тридцать четвертой сессии в 2001 году[27] она обратилась к Секретариату с просьбой подготовить в сотрудничестве с экспертами и национальными корреспондентами текст в форме краткого аналитического сборника судебных и арбитражных решений для выявления тенденций в области толкования Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Комиссия была проинформирована о том, что краткий сборник прецедентного права был подготовлен с учетом ее руководящих указаний относительно подготовки подобных сборников. Комиссия, отметив введение к краткому сборнику прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже (A/CN.9/562), выразила свою признательность экспертам и национальным корреспондентам за их вклад в подготовку этого краткого сборника. Комиссия была далее проинформирована о том, что в соответствии с ее просьбой, высказанной на тридцать пятой сессии в 2002 году[28], ее Секретариатом были подготовлены примерные проекты краткого сборника прецедентного права по статьям 3, 14 и 34 Типового закона (A/CN.9/563 и Add.1).

---

[26] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567.

[27] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 395.

[28] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 243.

88. В Комиссии была высказана общая поддержка обоим кратким сборникам, которые будут опубликованы на шести официальных языках Организации Объединенных Наций, что окажет помощь распространению информации об этих двух текстах и будут способствовать как их принятию, так и единообразному толкованию. В дополнение к этому было указано, что краткие сборники окажут помощь судьям, арбитрам, практическим и научным работникам, а также должностным лицам правительств в более эффективном использовании прецедентного права по текстам ЮНСИТРАЛ. Кроме того, наличие кратких сборников позволит устранить любые возражения или сомнения в вопросе о том, что эти тексты ЮНСИТРАЛ не смогли укрепить правовую определенность по причине отсутствия достаточного опыта в деле их применения. Так, краткий сборник прецедентного права по Конвенции о купле–продаже будет способствовать сокращению практики исключения ее применимости к тем договорам, к которым она в противном случае применялась бы.

89. В контексте обсуждения примерных проектов краткого сборника прецедентного права по Типовому закону было указано, что сборники прецедентного права должны являться не независимым авторитетным источником, указывающим на то, каким образом следует толковать отдельные положения, а должны служить справочным инструментом, указывающим на решения, которые были включены в краткие сборники, и резюмирующим их. Кроме того, было вновь подчеркнуто, что краткие сборники должны объективно отражать судебные и арбитражные решения, без высказывания каких-либо критических или одобрительных замечаний[29]. Было также указано, что в кратком сборнике прецедентного права по Типовому закону следует избегать использования неточных описательных формулировок, что может привести к неверному истолкованию положений Типового закона.

90. Комиссия отметила, что в 2005 году будет отмечаться двадцать пятая годовщина принятия Конвенции о купле–продаже и двадцатая годовщина принятия Типового закона, и с удовлетворением приняла к сведению, что в различных регионах мира будут организованы конференции для празднования этих годовщин и рассмотрения опыта судов и третейских судов в применении этих текстов (см. также пункт 61 выше). Государствам было предложено рассмотреть вопрос об организации таких конференций.

91. Приняв к сведению эти замечания, Комиссия выразила удовлетворение опубликованием краткого сборника прецедентного права по Конвенции о купле–продаже и просила Секретариат завершить подготовку краткого сборника прецедентного права по Типовому закону.

XI. Подготовка кадров и техническая помощь: последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области подготовки кадров и технической помощи

92. Комиссии была представлена записка Секретариата (A/CN.9/560), в которой описывались мероприятия в области подготовки кадров и технической помощи, проведенные после ее тридцать шестой сессии, и указывалось направление будущей деятельности, особенно с учетом одобрения Генеральной Ассамблеей в декабре 2003 года выделения дополнительных людских ресурсов для Секретариата ЮНСИТРАЛ (в виде трех должностей сотрудников категории специалистов), которые будут частично использованы в целях осуществления расширенных функций Комиссии в области подготовки кадров и технической

[29] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 393–395.

помощи. Комиссия приняла к сведению, что уже начат процесс набора кадров, причем две должности уже заполнены и объявлена вакансия на замещение третьей должности.

93. Комиссия просила Секретариат подготовить программу работы и график осуществления расширенных функций в области технической помощи. Комиссия рекомендовала Секретариату выявить национальные и региональные потребности в сотрудничестве с национальными, региональными и международными организациями, такими как Центр международной торговли, а также постоянными представительствами при Организации Объединенных Наций, потребности в технической юридической помощи в области реформы права международной торговли и возможности по разработке совместных программ, а также возможности, предоставляемые действующими программами по оказанию технической юридической помощи в этой области.

94. Комиссия вновь обратилась с призывом ко всем государствам, международным организациям и другим заинтересованным учреждениям рассмотреть вопрос о внесении взносов в Целевой фонд ЮНСИТРАЛ для симпозиумов, если возможно, в форме многолетних взносов, с тем чтобы облегчить планирование и предоставить Секретариату возможность удовлетворять растущие потребности развивающихся стран и государств с переходной экономикой в области подготовки кадров и технической законодательной помощи. Комиссия выразила свою признательность тем государствам, которые внесли свои взносы в фонд после тридцать шестой сессии, а именно Греции, Мексике, Сингапуру, Франции и Швейцарии. Комиссия также выразила свою признательность тем организациям, которые внесли вклад в осуществление программы за счет предоставления финансовых или людских ресурсов или проведения у себя семинаров.

95. Комиссия обратилась с призывом ко всем соответствующим органам системы Организации Объединенных Наций, организациям, учреждениям и физическим лицам вносить добровольные взносы в целевой фонд, созданный для оказания помощи в покрытии путевых расходов представителей развивающихся стран – членов Комиссии. Комиссия приняла к сведению, что с момента проведения тридцать шестой сессии никаких взносов в целевой фонд для оказания помощи в покрытии целевых расходов не поступало, однако с благодарностью отметила те страны, которые внесли взносы с момента создания фонда, а именно Австрию, Камбоджу, Кению, Кипр, Мексику и Сингапур.

96. Было отмечено, что после тридцать шестой сессии Комиссии Секретариат организовал ряд семинаров и информационных миссий (см. A/CN.9/560, пункт 19). Кроме того, было отмечено, что сотрудники Секретариата участвовали в качестве лекторов в ряде совещаний, созванных другими организациями, и что ряд просьб был отклонен из-за отсутствия ресурсов.

XII. Статус и содействие принятию правовых текстов ЮНСИТРАЛ

97. На основе записки Секретариата (A/CN.9/561) Комиссия рассмотрела статус конвенций и типовых законов, являющихся результатом ее работы, а также статус Нью–йоркской конвенции. Комиссия с удовлетворением отметила новые акты, принятые в различных государствах и правовых системах после завершения ее последней сессии 11 июля 2003 года в отношении следующих документов:

a) Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 1974 год) с поправками, внесенными в нее Протоколом от 11 апреля 1980 года[30]. Новый акт Парагвая; число государств–участников – 18;

b) Конвенция [без поправок] об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 1974 год)[31]. Новый акт Парагвая; число государств–участников – 25;

c) Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 1980 год). Новый акт Республики Кореи; число государства–участников – 63;

d) Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью–Йорк, 1958 год). Новый акт Никарагуа; число государств–участников – 134;

e) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Бангладеш, Испания, Таиланд и Япония;

f) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (1994 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Словакия;

g) Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год)[32]. Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Доминиканская Республика, Маврикий, Панама, Южная Африка, заморская территория Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии Каймановы острова и в Соединенных Штатах Америки – штат Массачусетс;

h) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Польша и Румыния;

i) Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год)[33]. Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Мексика;

j) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 год)[34]. Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Хорватия. Унифицированный закон о посредничестве, который был подготовлен Национальной конференцией уполномоченных по унификации законов штатов в Соединенных Штатах Америки и рекомендован для принятия штатам Соединенных Штатов Америки, также основывается на Типовом законе.

98. Комиссия просила те государства, которые приняли или намереваются принять законодательство, основывающееся на каком-либо типовом законе, подготовленном Комиссией, или рассматривают возможность принятия законодательного акта в отношении той или иной конвенции, подготовленной в результате работы Комиссии, сообщить об этом Секретариату Комиссии. В этой связи Комиссия была информирована о том, что Секретариат будет размещать на веб–сайте ЮНСИТРАЛ копии национальных актов на языке подлинника или, если таковой имеется, в переводе, даже неофициальном, на один или несколько официальных языков Организации Объединенных Наций.

---

[30] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1511, No. 26121.

[31] Там же, No. 26119.

[32] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17* (A/51/17), приложение I.

[33] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), приложение II.

[34] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), приложение I.

Было высказано мнение, что информация о национальных законах, принятых на основе документов ЮНСИТРАЛ, будет полезна для других государств при рассмотрении ими вопроса о принятии аналогичных законодательных мер. К государствам–членам была обращена просьба оказывать помощь Секретариату в получении необходимых разрешений на опубликование законодательных актов на веб–сайте ЮНСИТРАЛ в случаях, когда на конкретные тексты или базы данных по вопросам законодательства распространяется защита авторского права.

99. Комиссия отметила, что усилия по унификации и согласованию торгового права не могут считаться завершенными и приносящими конкретные результаты, пока подготовленные Комиссией тексты не будут приняты государствами и не будет обеспечено их единообразное применение. Для достижения этого результата Комиссия просила свой Секретариат активизировать усилия, направленные на оказание государствам помощи в рассмотрении подготовленных Комиссией текстов с целью их принятия. Комиссия обратилась с призывом к представителям и наблюдателям, присутствующим на совещаниях Комиссии и ее рабочих групп, способствовать – в той мере, в какой они сочтут это возможным, – рассмотрению текстов Комиссии законодательными органами их государств.

XIII. Резолюции Генеральной Ассамблеи, имеющие отношение к работе Комиссии

A. Резолюции 58/75 и 58/76

100. Комиссия с признательностью приняла к сведению резолюции Генеральной Ассамблеи 58/75 о докладе Комиссии о работе ее тридцать шестой сессии и 58/76 о Типовых законодательных положениях ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, которые были обе приняты 9 декабря 2003 года.

B. Резолюция 58/270

101. Комиссия также с признательностью приняла к сведению резолюцию 58/270 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2003 года под названием "Вопросы, связанные с предлагаемым бюджетом по программам на двухгодичный период 2004–2005 годов", в приложении III к которой Генеральная Ассамблея постановила утвердить следующие новые должности в Секретариате Комиссии, которые будут финансироваться из регулярного бюджета на двухгодичный период 2004–2005 годов: 1 Д–2, 1 С–5 и 1 С–2. В этой связи Комиссия напомнила о проведенных на ее тридцать пятой и тридцать шестой сессиях, обсуждениях по вопросу об укреплении ее Секретариата[35,36].

102. Комиссия была проинформирована о том, что две новые должности уже заполнены – одна из них путем перевода из Нью–Йорка сотрудника, занимавшего должность того же уровня, – и что на третью должность объявлена вакансия с целью завершения процесса набора в максимально короткие сроки. В результате расширения Секретариата Комиссии его статус был повышен с сектора до отдела в рамках Управления по правовым вопросам – Отдел права международной торговли. Комиссия приняла к сведению, что в настоящее время в Отделе происходит процесс структурной перестройки: в частности, оформляются два основных направления

[35] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 258–271.
[36] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 256–261.

деятельности, о которых Комиссия была проинформирована на ее тридцать шестой сессии[37] и одно из которых будет связано в первую очередь с унификацией законодательства, а другое – концентрироваться на вопросах координации технической помощи и поддержания внешних связей.

XIV. Координация и сотрудничество: последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии в области координации и сотрудничества

A. Координация работы в области обеспечительных интересов

103. Комиссии была представлена записка Секретариата под названием "Координация работы: деятельность международных организаций в области обеспечительных интересов" (A/CN.9/565). Комиссия с признательностью приняла к сведению усилия, предпринимаемые в области координации ее Секретариатом, и согласилась с необходимостью активизации усилий для обеспечения того, чтобы государства получали всеобъемлющие и последовательные рекомендации от всех организаций, проводящих деятельность в области правового регулирования обеспечительных интересов.

104. Комиссия отметила, в частности, усилия Европейской комиссии, направленные на подготовку нового инструмента Сообщества, в котором будет регулироваться вопрос о праве, применимом к последствиям уступок для третьих сторон, который разрешается в статье 22 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (резолюция 56/81 Генеральной Ассамблеи, приложение) с помощью отсылки к закону государства, в котором находится цедент. В этой связи Комиссия с удовлетворением отметила, что первоначальные контакты между ее Секретариатом и представителями Европейской комиссии выявили готовность к урегулированию этого вопроса согласованным образом, который отвечал бы порядку, предусмотренному в Конвенции об уступке.

105. Широкую поддержку получило мнение о том, что правило, закрепляемое в статье 22 Конвенции об уступке, обеспечивает определенность для третьих сторон и в силу этого, по всей вероятности, послужит расширению доступности и снижению стоимости кредита и что принятие иной нормы Европейским союзом не только повлечет за собой негативные последствия с точки зрения доступности и стоимости кредита, но и вызовет несогласованность в торговых отношениях с участием сторон, расположенных внутри Европейского союза и за его пределами, а также сторон из государств Европейского союза в тех случаях, когда спор о приоритете выносится на рассмотрение суда в какой-либо стране, не входящей в этот Союз.

106. Ряд государств, включая государства – члены Европейского союза, указали, что они рассматривают вопрос о ратификации Конвенции об уступке или присоединении к ней и что в силу этого они весьма заинтересованы в принятии Союзом такого подхода к вопросу о праве, применимом к последствиям уступок для третьих сторон, который соответствовал бы подходу, использованному в статье 22 Конвенции об уступке. В ходе обсуждения решительная поддержка была выражена проведению координационного совещания с участием представителей Европейской комиссии, ЮНСИТРАЛ и соответствующего сектора для разрешения этого вопроса в кратчайшие сроки с тем, чтобы снять любые препятствия широкому принятию Конвенции об уступке.

---

[37] Там же, пункты 257 и 258.

107. После обсуждения Комиссия рекомендовала предпринять все усилия для того, чтобы избежать включения в будущий документ Европейского союза иного подхода, чем тот, который используется в статье 22 Конвенции об уступке, и просила Секретариат организовать совещание с участием представителей Европейской комиссии, государств – членов Организации Объединенных Наций и соответствующего сектора с целью разрешения этого вопроса в кратчайшие сроки.

B. Международный коллоквиум по коммерческому мошенничеству

108. На своей тридцать пятой сессии Комиссия рассмотрела предложение о том, чтобы Секретариат подготовил исследование мошеннической финансовой и торговой практики в различных областях торговли и финансов для рассмотрения на одной из будущих сессий Комиссии. На этой сессии Комиссия была проинформирована о том, что мошенническая практика, которая часто носит международный характер, оказывает значительное отрицательное экономическое воздействие на мировую торговлю и негативно влияет на законные механизмы, используемые в мировой торговле. Было отмечено, что число случаев такого мошенничества увеличивается, особенно после того, как появление Интернета открыло новые возможности для мошенничества[38].

109. На своей тридцать шестой сессии Комиссия обсудила записку Секретариата о возможной будущей работе в отношении коммерческого мошенничества (A/CN.9/540). На этой сессии Комиссия была проинформирована о том, что одна из основных проблем, связанных с попытками вести эффективную борьбу с коммерческим мошенничеством, заключается в трудности объединения усилий соответствующих публичных и частных органов, необходимых для проведения этой деятельности, причем решительная поддержка была выражена рекомендации Секретариата об организации международного коллоквиума для рассмотрения различных аспектов проблемы коммерческого мошенничества с точки зрения частного права и для обеспечения возможности обмена мнениями между различными заинтересованными участниками, в том числе работающими в национальных правительствах, межправительственных организациях и соответствующих частных организациях и обладающими особой заинтересованностью и опытом в вопросах борьбы с коммерческим мошенничеством[39].

110. На ее тридцать седьмой сессии Комиссии была представлена записка Секретариата, содержащая доклад Коллоквиума по проблеме международного коммерческого мошенничества (A/CN.9/555), который был проведен в Вене 14–16 апреля 2004 года. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и содержащиеся в нем предложения относительно будущей работы (там же, пункты 62–71). Она заслушала заявления о том, что все более многочисленные случаи коммерческого мошенничества представляют собой существенное и серьезное препятствие росту международной торговли.

111. Что касается работы, которая может быть проведена в этой области в будущем, Комиссия достигла согласия о том, что было бы полезно, в надлежащих случаях, обсуждать примеры коммерческого мошенничества в конкретном контексте проектов, над которыми работает Комиссия, с тем чтобы позволить делегатам, участвующим в этих проектах, учитывать проблему мошенничества в своей работе. К Секретариату была обращена просьба способствовать таким обсуждениям, когда это представляется целесообразным.

---

[38] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 279–290.

[39] Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 238 и 240.

112. Кроме того, отметив, что образование и подготовка кадров играют важную роль в предупреждении мошенничества, Комиссия с интересом приняла к сведению предложение о том, что Секретариату следует рассмотреть вопрос о разработке, в тесных консультациях с экспертами, включая специалистов, участвовавших в подготовке Коллоквиума, перечней общих черт, присущих типичным мошенническим схемам. Такие перечни, сопровождаемые комментариями, могут послужить полезным справочным материалом для участников международной торговли и других потенциальных жертв мошенников в той мере, в которой они будут способствовать принятию мер по самозащите с тем, чтобы избежать втягивания в мошеннические схемы. Национальным и международным организациям, заинтересованным в борьбе с коммерческим мошенничеством, может быть предложено распространить такие материалы среди своих членов, что может оказать помощь в оценке практической полезности таких перечней и их улучшении. Хотя предложений о прямом вовлечении самой Комиссии или ее межправительственных рабочих групп в эту деятельность сделано не было, Секретариат будет продолжать информировать Комиссию по этому вопросу.

C. Осуществление резолюции 58/75 Генеральной Ассамблеи и доклада Управления служб внутреннего надзора

113. Комиссия приняла к сведению положения резолюции 58/75 Генеральной Ассамблеи, касающиеся координационной роли Комиссии, а также доклад Управления служб внутреннего надзора об углубленной оценке деятельности в правовой области[40], в частности рекомендацию 13 под названием "Усиление координации с организациями, занимающимися торговым правом", которая гласит следующее:

> "Для усиления координации в соответствии с основным мандатом Сектора права международной торговли и обеспечения согласованного подхода к общим вопросам Сектору следует проводить ежегодные встречи с основными организациями, занимающимися вопросами торгового права, для обмена информацией и планами работы".

114. Общую поддержку получило мнение о том, что Комиссия в качестве центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли должна занимать, через свой Секретариат, более активные позиции в деле выполнения условий своего мандата на координацию деятельности международных организаций, работающих в области права международной торговли, как в рамках системы Организации Объединенных Наций, так и вне ее. Было выражено согласие с тем, что такая координация может включать создание структур регулярной связи с межправительственными организациями. Было также достигнуто согласие о том, что Комиссии, где это уместно, следует работать совместно с международными неправительственными организациями, которые разрабатывают правила, регулирующие международную торговлю. Можно также предусмотреть расширение роли Комиссии в координации программ работы различных соответствующих организаций. Широкое признание получило мнение о том, что недавнее увеличение числа сотрудников Секретариата Комиссии должно способствовать выполнению этой части ее мандата, которая в значительной степени зависит от наличия необходимых ресурсов.

115. Что касается практических средств расширения координации, о которых говорится в рекомендации 13, то было выражено общее согласие с тем, что идею проведения ежегодных совещаний с международными организациями,

[40] E/AC.51/2002/5.

работающими по вопросам торгового права, следует толковать гибко с целью создания возможности проведения периодических обменов информацией по отдельным секторам (например, в отношении закупок, урегулирования споров в режиме онлайн, транспортных документов, несостоятельности и обеспеченных сделок). Было также достигнуто согласие о необходимости уделить особое внимание координации деятельности Комиссии и региональных организаций. В этой связи было принято решение о том, что Комиссии следует стремиться к расширению использования ее стандартов в рамках направленных на согласование торгового права усилий, предпринимаемых на региональном уровне.

XV. Прочие вопросы

A. Партнерские отношения между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в том числе частным сектором

116. Комиссии была представлена записка Секретариата о последних событиях в рамках системы Организации Объединенных Наций, касающихся партнерских отношений между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в частности частным сектором, и о возможных последствиях таких событий для работы Комиссии (A/CN.9/564). Комиссия указала на важное значение работы Комиссии по активному привлечению негосударственных субъектов – на основе их непосредственного участия в совещаниях Комиссии и ее межправительственных рабочих групп – к работе по содействию применению текстов, принятых Комиссией, и оказанию технической помощи, связанной с текстами ЮНСИТРАЛ.

117. В отношении партнерских отношений между государственным и частным секторами Комиссия заслушала заявление представителя Управления Секретариата по вопросам Глобального договора относительно истории подготовки, задач и целей Глобального договора, достигнутых результатов и присоединения к Договору до последнего времени. Ключевые принципы в области прав человека, трудовых стандартов и охраны окружающей среды, которые Глобальный договор стремится внедрить в жизнь делового сообщества для содействия утверждению ответственной гражданской позиции корпораций, излагаются в пункте 6 записки Секретариата (A/CN.9/564), а дополнительную информацию можно получить на веб–сайте Глобального договора (www.unglobalcompact.org). Комиссия отметила значение Глобального договора для работы Комиссии и указала на потенциальные возможности текстов ЮНСИТРАЛ с точки зрения содействия достижению его целей. Комиссия рекомендовала государствам–членам и наблюдателям предоставить информацию об этой инициативе частным предприятиям и коммерческим ассоциациям, например торговым палатам, в их странах, с тем чтобы содействовать более широкому присоединению к Договору и применению его принципов.

B. Учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса

118. Было с удовлетворением отмечено, что Институт международного торгового права при юридическом факультете Университета Пейс в Уайт Плэйнс, Нью–Йорк, организовал одиннадцатое учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса в Вене со 2 по 8 апреля 2004 года. Как и в прошлые годы, Комиссия являлась соорганизатором этого мероприятия. Было отмечено, что правовые вопросы,

которые рассматривались группами студентов, участвовавших в одиннадцатом учебном разбирательстве, основывались на Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, Международном арбитражном регламенте Международного арбитражного центра Сингапура, Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и Нью–йоркской конвенции. В одиннадцатом учебном разбирательстве приняли участие около 135 групп, представлявших юридические факультеты 42 стран. Лучшей группой в устных прениях оказалась группа из Осгуд Холл Йоркского университета, Торонто, Канада. Комиссия отметила, что ее Секретариат организовал серию лекций о ее работе в период проведения учебного разбирательства. По мнению многих членов Комиссии, ежегодные учебные разбирательства, отличающиеся широким международным участием, предоставляют отличную возможность для распространения информации о единообразных правовых текстах и преподавания права международной торговли. Было отмечено, что двенадцатое учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса планируется провести в Вене с 18 по 24 марта 2005 года.

C. Веб–сайт ЮНСИТРАЛ

119. Комиссия выразила удовлетворение в связи с веб–сайтом ЮНСИТРАЛ (www.uncitral.org), на котором размещены текущие документы и подготовительные материалы на шести официальных языках Организации Объединенных Наций. Было указано, что веб–сайт рассматривается в качестве важного элемента общей программы Комиссии в области информационных и учебных мероприятий и технической помощи и что он все более часто используется делегатами для получения доступа к документам, необходимым для их работы. Комиссия призвала Секретариат продолжать учитывать принцип многоязычия в процессе эксплуатации и модернизации этого веб–сайта.

D. Библиография

120. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению библиографию последних работ, касающихся ее деятельности (A/CN.9/566). Комиссия была проинформирована о том, что на веб–сайте ЮНСИТРАЛ на постоянной основе проводится обновление библиографии. Комиссия подчеркнула важное значение наличия как можно более полной библиографии и в этих целях просила правительства, научные учреждения и другие соответствующие организации и отдельных авторов направлять экземпляры соответствующих публикаций в Секретариат.

E. Ограничение объема документации

121. Комиссия была проинформирована о внутреннем меморандуме Генерального секретаря от 21 апреля 2004 года, содержащем руководящие принципы подготовки докладов, подготавливаемых и/или составляемых Секретариатом. В соответствии с этими руководящими принципами подготовки докладов (включая доклады межправительственных органов) доклады должны быть "ориентированы на конкретные действия" и содержать только:

1. Краткое рассмотрение организационных и процедурных вопросов;
2. Рекомендации, включая принятые резолюции и решения;

3. Программные рекомендации, сформулированные в рамках многосторонних обсуждений и рабочих групп и совещаний за круглым столом, вместо кратких отчетов о таких совещаниях;

4. Изложение последних событий, выводов и рекомендаций, особенно при подготовке периодических докладов;

5. Цитаты из документов Организации Объединенных Наций только при цитировании юридических оснований.

Кроме того, в этих руководящих принципах подготовки докладов предусматривается, что в доклады не следует включать:

1. Краткое изложение заявлений, сделанных при открытии и закрытии совещаний, если это не имеет принципиального значения для сделанных выводов;

2. Краткое изложение заявлений отдельных лиц, вместо чего может быть включен перечень ораторов по каждому пункту;

3. Общее резюме заявлений по каждому пункту;

4. Анализ представленной информации, если этого не требуется для обоснования принципиальных выводов;

5. Изложение продолжительных обсуждений по организационным и процедурным вопросам;

6. Повторение уже опубликованных текстов или повторение текстов лишь с незначительными изменениями;

7. Излишнюю информацию, которая не способствует ходу обсуждений.

Наконец, в соответствии с руководящими принципами подготовки докладов:

1. Подготовка докладов за двухлетний/трехлетний период или объединение докладов не является достаточным основанием для превышения предельного объема;

2. Если Генеральный секретарь не получает конкретной просьбы воспроизвести в полном объеме информацию, полученную от государств–членов, ответы правительств следует излагать в форме резюме с учетом показателей предельного объема документации;

3. Следует устанавливать и соблюдать предельные сроки для включения информации, запрашиваемой у государств–членов;

4. Следует по возможности направлять конкретные вопросники для содействия представлению более конкретной информации, и такие вопросники могут также способствовать ограничению объема представляемых ответов в соответствии с заранее установленными критериями;

5. Соответствующему органу до закрытия сессии следует представлять перечень докладов, запрошенных на каждой сессии.

122. В своем меморандуме Генеральный секретарь обратился к должностным лицам Секретариата с просьбой обеспечить представление докладов, за подготовку которых они несут ответственность, включая доклады, публикуемые от имени межправительственных органов и групп экспертов, в строгом соответствии с упомянутыми руководящими принципами.

123. В связи с понятием "предельного объема", который упоминается в меморандуме, внимание Комиссии было обращено на доклад Генерального секретаря о совершенствовании работы Департамента по делам Генеральной

Ассамблеи и конференционному обслуживанию (A/57/289), в пункте 57 которого указывается следующее:

> "57. **Обеспечение соблюдения ограничений на объем документов**. В связи с подтвержденными указаниями Генерального секретаря 16-страничный предел (7 200 слов) для докладов, подготовка которых осуществляется в Секретариате, применяется систематически. Исключения из этого правила делаются лишь в очень ограниченном числе случаев. Следует также уделять больше внимания соблюдению правила 20 страниц (9 000 слов) для докладов вспомогательных органов, специальных докладчиков и аналогичных докладов, на которые приходится значительная доля выпускаемых документов. По существу 20-страничное ограничение будет сейчас распространяться на все доклады, не подпадающие под 16-страничное ограничение. Поскольку составителями докладов, на которые распространяется правило о 20 страницах, часто являются сотрудники Секретариата, они обязаны будут добиваться соблюдения этого руководящего принципа".

Кроме того, внимание Комиссии было обращено на пункт 15 резолюции 53/208 B Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1998 года, в котором Ассамблея вновь подчеркнула необходимость соблюдения существующих ограничений в отношении количества страниц и предложила всем межправительственным органам рассмотреть, где это уместно, возможность дальнейшего сокращения объема их докладов с 32 до 20 страниц без ущерба для качества представления и содержания докладов.

124. Комиссия с удовлетворением отметила представленную справочную информацию относительно руководящих принципов подготовки докладов, которые содержатся в меморандуме Генерального секретаря (см. пункт 121 выше) и которые направлены на обеспечение соблюдения предельного объема докладов вспомогательных органов, как об этом говорилось выше. Тем не менее Комиссия напомнила об особенностях своей работы, с учетом которых применение предельных показателей в отношении документации Комиссии и ее вспомогательных органов представляется неуместным.

125. Комиссия отметила, что она была учреждена Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 2205 (XXI) с широким мандатом, предусматривающим содействие прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли и необходимость учитывать в связи с этим интересы всех народов и в особенности интересы развивающихся стран в деле широкого развития международной торговли. Комиссия напомнила также о том, что при разработке международно–правовых норм на основе консенсуса достижение такого консенсуса обычно требует анализа и четкого изложения действующего законодательства и коммерческой практики. Кроме того, Комиссия напомнила, что правовые стандарты, которые она разрабатывает для рассмотрения государствами в процессе модернизации законодательства в области права международной торговли, должны подкрепляться примерами из действующего законодательства и обосновываться необходимостью его прогрессивного развития в свете текущих потребностей международного сообщества. Таким образом, проекты статей или другие рекомендации, содержащиеся в документации, подготовленной Комиссией или ее вспомогательными органами, и в самих докладах Комиссии и ее вспомогательных органов должны дополняться соответствующей справочной информацией о действующем законодательстве, коммерческой практике и другими соответствующими данными, включая договоры, судебные решения и, в некоторых случаях, теоретические работы.

126. Кроме того, Комиссия отметила, что обеспечение надлежащего уровня детализации и высокого качества ее документов необходимо по следующим причинам: a) они являются неотъемлемым элементом процесса

консультирования государств и получения их мнений; b) они помогают отдельным государствам лучше понять и толковать положения, закрепленные в правовых стандартах, подготовленных Комиссией; c) они являются элементом подготовительных материалов для таких стандартов и на них часто делается ссылка или они цитируются национальными законодательными органами, судьями и юристами, применяющими такие стандарты; и d) они способствуют распространению информации о праве международной торговли согласно соответствующей программе Организации Объединенных Наций.

127. Поэтому Комиссия сочла, что было бы абсолютно неприемлемым пытаться заранее и на абстрактной основе устанавливать максимальный объем ее докладов или докладов ее вспомогательных органов или же различных исследований и других рабочих документов, представляемых на рассмотрение Комиссии или ее вспомогательных органов. Как разъяснялось выше, объем конкретного документа Комиссии будет зависеть от целого ряда переменных, например, от характера темы и объема ссылок на правовую практику, теоретические положения и прецеденты. Поэтому Комиссия сочла, что правила в отношении предельного объема документации, подобные правилам, содержащимся в докладе Генерального секретаря (A/57/289), не должны применяться в отношении ее документации. В связи с этим Комиссия указала на важную оговорку, которая содержится в руководящих принципах Генерального секретаря и в соответствии с которой доклады не должны содержать "анализ представленной информации, если этого не требуется для обоснования принципиальных выводов". Поскольку доклады Комиссии и ее вспомогательных органов неизбежно содержат разъяснения и рекомендации, принятые в отношении текстов правовых стандартов, разрабатываемых Комиссией, такие разъяснения и рекомендации представляют собой "принципиальные выводы" и должны обязательно подкрепляться "анализом информации", который представляет собой подготовительные материалы. Комиссия приняла единодушное решение о том, что подготовительные материалы абсолютно необходимы для законодательной работы и судебного толкования и принципиально отличаются от кратких отчетов о заседаниях, посвященных обсуждениям иного рода.

128. Было отмечено, что снятие ограничений на объем документации могло бы осуществляться на разовой основе применительно к конкретным документам, но что такой процесс вызовет большие затраты времени. Комиссия настоятельно призвала Генеральную Ассамблею пересмотреть решение о применении предельного объема документации в отношении работы Комиссии. Комиссия напомнила также о том, что она и ее вспомогательные органы полностью осознают необходимость сокращения по мере возможности общего объема документации и будут по-прежнему учитывать эти соображения, о чем свидетельствуют уже предпринятые усилия, в частности ее Рабочей группой III (Транспортное право), которой в последнее время удалось существенно сократить объем своего доклада (A/CN.9/552). Тем не менее было выражено общее мнение о том, что в результате таких усилий был достигнут определенный предел, после которого любое дополнительное сокращение окажет существенное воздействие на качество документации, в которой необходимо отразить последствия особенно важного и сложного проекта.

F. Представление кратких отчетов

129. Комиссия была информирована о том, что в своей резолюции 58/250 от 23 декабря 2003 года Генеральная Ассамблея просила Генерального секретаря пересмотреть список органов, в отношении заседаний которых предусмотрено составление кратких отчетов, в рамках всесторонних консультаций со всеми соответствующими межправительственными органами в целях оценки потребностей в таких отчетах и изучить возможность более эффективного и

рационального обеспечения ими. В силу этого Секретариату было предложено провести консультации с членами Комиссии для определения того, смогут ли они рассмотреть возможность отказа от использования или прекращения использования кратких отчетов. Двумя основными факторами, на которые было обращено внимание Комиссии от имени Комитета по конференциям, являлись ограниченность ресурсов, имеющихся для подготовки таких отчетов, и связанная с этим задержка в их издании. Комиссия была информирована о том, что с учетом преобладающих обстоятельств маловероятно, что в предсказуемом будущем удастся обеспечить своевременную подготовку таких отчетов. Для рассмотрения Комиссией были предложены следующие возможные альтернативы кратким отчетам: a) неотредактированные стенографические отчеты на языке оригинала (которые в настоящее время используются Комитетом по использованию космического пространства в мирных целях); b) цифровые звукозаписи обсуждений, размещаемые на всех шести официальных языках на веб–сайте Организации Объединенных Наций или предоставляемые в специально оборудованных кабинах для прослушивания; c) издание в предварительном порядке кратких отчетов на языке оригинала с последующим изданием на других языках на более позднем этапе; или d) подготовка кратких отчетов только о заседаниях, в ходе которых принимаются решения (Комиссия, например, могла бы использовать краткие отчеты только при подготовке правовых документов).

130. Комиссия единодушно подчеркнула значение кратких отчетов в качестве важнейшего элемента подготовительных материалов, которые необходимо обеспечивать для последующего использования в справочных целях при толковании стандартов, разработанных Комиссией. Было принято единодушное решение о том, что издание кратких отчетов вскоре после проведения соответствующих обсуждений является желательным и позволит воспроизводить такие отчеты в *Ежегоднике ЮНСИТРАЛ*, который готовится в течение года после проведения сессии Комиссии. Тем не менее было также принято решение о том, что оперативность подготовки кратких отчетов не является наиболее важным фактором. Краткие отчеты будут по-прежнему являться полезным и обязательным средством для полного понимания процесса разработки того или иного правового текста, даже если они будут изданы через несколько лет после его принятия. Что касается предложенных альтернатив, то было выражено общее мнение о том, что: a) неотредактированные стенографические отчеты будут иметь минимальное практическое значение ввиду отсутствия перевода на другие официальные языки; b) цифровые звукозаписи окажутся еще менее полезными ввиду отсутствия надлежащей индексации, в результате чего пользование такими записями будет существенно затруднено и потребует значительных затрат времени; c) издание в предварительном порядке кратких отчетов на языке оригинала может оказаться приемлемым, при условии, что варианты на других языках будут также действительно изданы, пусть даже на более позднем этапе; и d) ограничение использования кратких отчетов уже является элементом практики ЮНСИТРАЛ, которая использует краткие отчеты только в контексте обсуждений, посвященных подготовке нормативных документов.

G. Предлагаемые стратегические рамки на период 2006-2007 годов

131. Внимание Комиссии было обращено на Подпрограмму 5 (Прогрессивное согласование, модернизация и унификация права международной торговли) предлагаемых стратегических рамок на период 2006–2007 годов (A/59/6 (Prog.6)). Комиссия с удовлетворением отметила, что при разработке показателей достижения результатов за 2006–2007 годы Секретариат обеспечил практическую реализацию выводов, сделанных в отношении формулирования

ожидаемых результатов и показателей их достижения на двухгодичный период 2002–2003 годов. В частности, в тех случаях, когда формулирование ожидаемых результатов в общем виде без конкретизации являлось допустимым или же единственно возможным подходом, они сочетались с реалистичными и практически применимыми показателями их достижения.

XVI. Сроки и место проведения будущих совещаний

A. Общее обсуждение вопроса о продолжительности сессий

132. Комиссия напомнила, что на своей тридцать шестой сессии она согласилась с тем, что: a) рабочие группы должны, как правило, проводить две однонедельные сессии в год; b) дополнительное время, если таковое требуется, может быть выделено из неиспользованного времени другой рабочей группы при условии, что такой порядок не приведет к увеличению общего двенадцатинедельного объема конференционного обслуживания в год, который в настоящее время выделяется для проведения сессий всех шести рабочих групп Комиссии; и c) если любой запрос какой-либо рабочей группой дополнительного времени приведет к увеличению выделенного объема в 12 недель, то этот запрос должен быть рассмотрен Комиссией, при том что эта рабочая группа должна привести соответствующее обоснование причин, по которым требуется изменить систему проведения совещаний[41]. На этой же сессии было выражено согласие с тем, что ситуацию с продолжительностью сессий Рабочей группы III (Транспортное право) потребуется вновь рассмотреть на тридцать седьмой сессии Комиссии[42].

133. На своей тридцать седьмой сессии по причинам, отмеченным Комиссией на ее тридцать шестой сессии[43], она решила вновь удовлетворить потребность Рабочей группы III (Транспортное право) в проведении двухнедельных сессий за счет использования времени, выделенного Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности), которая, как ожидается, не будет проводить совещаний во второй половине 2004 года и в 2005 году.

134. Комиссия также утвердила проведение Рабочей группой IV (Электронная торговля) двухнедельной сессии в октябре 2004 года, с тем чтобы обеспечить бесперебойность процесса переговоров и выработки проекта конвенции, а также его распространение для замечаний непосредственно после октябрьской сессии. Комиссия отметила, что в результате ускорения работы Рабочей группы IV появится возможность не проводить однонедельное совещание этой Группы в конце 2005 года.

B. Тридцать восьмая сессия Комиссии

135. Комиссия утвердила проведение своей тридцать восьмой сессии в Вене с 4 по 22 июля 2005 года. Было отмечено, что Комиссия не намерена полностью использовать все четыре недели конференционного обслуживания, отведенные ей в 2005 году. Продолжительность сессии может быть дополнительно сокращена, если это будет целесообразно исходя из тех проектов текстов, которые будут подготовлены различными рабочими группами.

---

[41] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 275.

[42] Там же, пункт 208.

[43] Там же, пункт 272.

C. Сессии рабочих групп в период до начала тридцать восьмой сессии Комиссии

136. Комиссия утвердила следующий график совещаний своих рабочих групп:

a) Рабочая группа I (Закупки) проведет свою шестую сессию в Вене с 30 августа по 3 сентября 2004 года и свою седьмую сессию в Нью–Йорке с 4 по 8 апреля 2005 года;

b) Рабочая группа II (Арбитраж) проведет свою сорок первую сессию в Вене с 13 по 17 сентября 2004 года и свою сорок вторую сессию в Нью–Йорке с 10 по 14 января 2005 года;

c) Рабочая группа III (Транспортное право) проведет свою четырнадцатую сессию в Вене с 29 ноября по 10 декабря 2004 года и свою пятнадцатую сессию в Нью–Йорке с 18 по 28 апреля 2005 года (29 апреля – православный праздник Великой пятницы – будет выходным днем в Организации Объединенных Наций);

d) Рабочая группа IV (Электронная торговля) проведет свою сорок четвертую сессию в Вене с 11 по 22 октября 2004 года и, в случае необходимости, свою сорок пятую сессию в Нью–Йорке с 11 по 15 апреля 2005 года;

e) Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности). Проведения сессий этой Рабочей группы не предусматривается;

f) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) проведет свою шестую сессию в Вене с 27 сентября по 1 октября 2004 года и свою седьмую сессию в Нью–Йорке с 24 по 28 января 2005 года.

D. Сессии рабочих групп в 2005 году после проведения тридцать восьмой сессии Комиссии

137. Комиссия отметила, что достигнуты предварительные договоренности в отношении проведения совещаний рабочих групп в 2005 году после завершения ее тридцать восьмой сессии (эти договоренности подлежат утверждению Комиссией на ее тридцать восьмой сессии):

a) Рабочая группа I (Закупки) проведет свою восьмую сессию в Вене с 17 по 21 октября 2005 года;

b) Рабочая группа II (Арбитраж) проведет свою сорок третью сессию в Вене с 3 по 7 октября 2005 года;

c) Рабочая группа III (Транспортное право) проведет свою шестнадцатую сессию в Вене с 28 ноября по 9 декабря 2005 года;

d) Рабочая группа IV (Электронная торговля). Проведения сессий этой Рабочей группы не предусматривается;

e) Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности). Проведения сессий этой Рабочей группы не предусматривается;

f) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) проведет свою шестую сессию в Вене с 5 по 9 сентября 2005 года.

ПРИЛОЖЕНИЕ

Приложение к докладу ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать седьмой сессии воспроизводится в части третьей настоящего *Ежегодника*

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию о работе его пятьдесят первой сессии

(TD/B/51/8 (Vol. I))

Прогрессивное развитие права международной торговли: тридцать седьмой ежегодный доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

На своем 962-м пленарном заседании 15 октября 2004 года Совет принял к сведению доклад ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать седьмой сессии (A/59/17).

C. Генеральная Ассамблея: доклад Шестого комитета о докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии (A/59/509)

Докладчик: г-жа Анна Сотаньеми (Финляндия)

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своем 2-м пленарном заседании 17 сентября 2004 года Генеральная Ассамблея по рекомендации Генерального комитета постановила включить в повестку дня своей пятьдесят девятой сессии пункт, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии", и передать его Шестому комитету.

2. Шестой комитет рассматривал этот пункта на своих 1, 2, 14 и 16-м заседаниях 4, 5, 26 и 29 октября 2004 года. Мнения представителей, выступивших в ходе рассмотрения Комитетом данного пункта, отражены в соответствующих кратких отчетах (A/C.6/59/SR.1, 2, 14 и 16).

3. В связи с рассмотрением этого пункта Комитет имел в своем распоряжении доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии[1].

4. На 1-м заседании 4 октября Председатель Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее тридцать седьмой сессии внес на рассмотрение доклад Комиссии о работе этой сессии.

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ

A. Проект резолюции A/C.6/59/L.11

5. На 14-м заседании 26 октября представитель Австрии от имени Австралии, Австрии, Алжира, Аргентины, Багамских Островов, Беларуси, Бельгии, Болгарии, Бразилии, бывшей югославской Республики Македонии, Венгрии, Габона, Гватемалы, Гвинеи, Германии, Греции, Дании, Демократической Республики Конго, Доминиканской Республики, Израиля, Индии, Иордании, Ирана (Исламской Республики), Ирландии, Испании, Италии, Канады, Кипра, Китая, Колумбии, Литвы, Лихтенштейна, Люксембурга, Мадагаскара, Марокко, Мексики, Монголии, Нидерландов, Новой Зеландии, Норвегии, Парагвая, Португалии, Республики Корея, Российской Федерации, Румынии, Сальвадора, Сербии и Черногории, Сингапура, Словакии, Словении, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Сьерра-Леоне, Таиланда, Тринидада и Тобаго, Турции, Уганды, Уругвая, Фиджи, Филиппин, Финляндии, Франции, Хорватии, Чешской Республики, Чили, Швейцарии, Швеции, Шри-Ланки, Эквадора и Южной Африки, к которым впоследствии присоединились Кения, Малайзия, Тунис и Украина, внес на рассмотрение проект резолюции, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии" (A/C.6/59/L.11).

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17* (A/59/17).

6. На 16-м заседании 29 октября Комитет принял проект резолюции A/C.6/59/L.11 без голосования (см. пункт 10, проект резолюции I).

7. После принятия этого проекта резолюции представители Соединенных Штатов Америки и Японии выступили с заявлениями в порядке разъяснения позиции (см. A/C.6/59/SR.16).

B. Проект резолюции A/C.6/59/L.12

8. На 14-м заседании 26 октября Председатель Комитета внес на рассмотрение проект резолюции "Руководство Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности" (A/C.6/59/L.12).

9. На 16-м заседании 29 октября Комитет принял проект резолюции A/C.6/59/L.12 без голосования (см. пункт 10, проект резолюции II

III. РЕКОМЕНДАЦИИ ШЕСТОГО КОМИТЕТА

10. Шестой комитет рекомендует Генеральной Ассамблее принять следующие проекты резолюций

[Тексты проектов резолюций в настоящем разделе не воспроизводятся. Проекты резолюций были приняты с редакционными изменениями в качестве резолюций Генеральной Ассамблеи 59/39 и 59/40 (см. раздел D ниже).]

D. Резолюции Генеральной Ассамблеи 59/39 и 59/40 от 2 декабря 2004 года

Резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей по докладу Шестого комитета (A/59/509)

59/39. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии

Генеральная Ассамблея,

ссылаясь на свою резолюцию 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года, которой она учредила Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, поручив ей содействовать прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли и в этой связи учитывать интересы всех народов, в особенности развивающихся стран, в деле широкого развития международной торговли,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что прогрессивная модернизация и согласование права международной торговли, сокращая или устраняя правовые препятствия в осуществлении международной торговли, особенно те из них, которые затрагивают интересы развивающихся стран, в значительной степени содействовали бы всеобщему экономическому сотрудничеству между всеми государствами на основе равенства, справедливости и общих интересов, а также ликвидации дискриминации в международной торговле и, тем самым, благосостоянию всех народов,

рассмотрев доклад Комиссии о работе ее тридцать седьмой сессии[1],

вновь выражая свою обеспокоенность по поводу того, что деятельность, осуществляемая другими органами в области права международной торговли без надлежащей координации с Комиссией, может привести к нежелательному дублированию усилий и не будет отвечать цели повышения степени эффективности, последовательности и взаимосвязанности в унификации и согласовании права международной торговли,

вновь подтверждая мандат Комиссии как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли на координацию правовой деятельности в этой области, в частности, с тем чтобы избежать дублирования усилий, в том числе среди международных организаций, занимающихся разработкой правил международной торговли, и содействовать эффективности, последовательности и взаимосвязанности в модернизации и согласовании права международной торговли, и на продолжение через ее секретариат тесного сотрудничества с другими международными органами и организациями, в том числе региональными организациями, активно действующими в области права международной торговли,

1. *с признательностью принимает к сведению* доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии[1];

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17* (A/59/17).

2. *выражает признательность* Комиссии за завершение разработки и принятие ее Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[2];

3. *выражает также признательность* Комиссии за прогресс, достигнутый в работе над проектом конвенции об электронном заключении договоров, проектом документа о транспортном праве, проектом руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам и типовыми законодательными положениями об обеспечительных мерах в международном торговом арбитраже, а также за решение Комиссии провести пересмотр ее Типового закона о закупках товаров (работ) и услуг[3], с тем чтобы отразить новые виды практики, в том числе те из них, которые обусловлены расширением использования электронных сообщений при публичных закупках[4];

4. *поддерживает* усилия и инициативы Комиссии как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли, направленные на повышение уровня координации и сотрудничества в сфере правовой деятельности международных и региональных организаций, активно действующих в области права международной торговли, и в этой связи призывает соответствующие международные и региональные организации координировать свою правовую деятельность с правовой деятельностью Комиссии, с тем чтобы избегать дублирования усилий и содействовать эффективности, последовательности и взаимосвязанности в модернизации и согласовании права международной торговли;

5. *вновь подтверждает* важность, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии по подготовке кадров и оказанию технической помощи по законодательным вопросам в области права международной торговли и в этой связи:

a) приветствует инициативы Комиссии по расширению через ее секретариат программы по подготовке кадров и оказанию технической помощи по законодательным вопросам;

b) выражает признательность Комиссии за организацию семинаров и информационных миссий в Азербайджане, Венесуэле, Йемене, Колумбии, Сербии и Черногории, Судане и Таиланде;

c) выражает признательность правительствам, взносы которых позволили организовать эти семинары и информационные миссии, и призывает правительства, соответствующие органы системы Организации Объединенных Наций, организации, учреждения и отдельных лиц вносить добровольные взносы в Целевой фонд Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для проведения симпозиумов и, при необходимости, на финансирование специальных проектов и иными способами оказывать секретариату Комиссии помощь в осуществлении деятельности по подготовке кадров и оказанию технической помощи по законодательным вопросам, в частности в развивающихся странах;

d) вновь призывает Программу развития Организации Объединенных Наций и другие органы, ответственные за оказание помощи в целях развития, такие, как Всемирный банк и региональные банки развития, а также правительства в рамках их программ оказания помощи на двусторонней основе поддерживать программу Комиссии в области подготовки кадров и

---

[2] Там же, глава III.

[3] Там же, *сорок девятая сессия*, *Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Corr.1), приложение I.

[4] Там же, *пятьдесят девятая сессия*, *Дополнение № 17* (A/59/17), глава VIII, пункты 81 и 82.

технической помощи, сотрудничать с Комиссией и координировать свою деятельность с деятельностью Комиссии;

6. *с сожалением отмечает*, что за период с предыдущей сессии Комиссии не вносились взносы в целевой фонд, созданный для оказания помощи в покрытии путевых расходов развивающимся странам, являющимся членами Комиссии, по их просьбе и в консультации с Генеральным секретарем, подчеркивает необходимость внесения взносов в целевой фонд для расширения участия экспертов из развивающихся стран в сессиях Комиссии и ее рабочих групп и вновь обращается с призывом к правительствам, соответствующим органам системы Организации Объединенных Наций, организациям, учреждениям и отдельным лицам вносить добровольные взносы в этот целевой фонд;

7. *постановляет* в целях обеспечения всестороннего участия всех государств-членов в сессиях Комиссии и ее рабочих групп продолжить в компетентном главном комитете в ходе пятьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи рассмотрение вопроса об оказании помощи в покрытии путевых расходов наименее развитым странам, являющимся членами Комиссии, по их просьбе и в консультации с Генеральным секретарем;

8. *ссылается* на свои резолюции о партнерских отношениях между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в частности частным сектором[5], и в этой связи с удовлетворением отмечает рассмотрение Комиссией вопроса о способах активного привлечения негосударственных субъектов к ее работе[6], а также рекомендует Комиссии продолжить изучение различных подходов к использованию партнерских отношений с негосударственными субъектами при выполнении ее мандата, в частности в области подготовки кадров и технической помощи, в соответствии с применимыми принципами и директивами и в сотрудничестве и координации с другими соответствующими подразделениями Секретариата;

9. *одобряет*, в соответствии со своими резолюциями по связанным с документацией вопросам, в которых, в частности, подчеркивается, что любое сокращение объема документов не должно отрицательно сказываться ни на качестве представления, ни на содержании документов[7], выводы, сделанные Комиссией в пунктах 124–128 ее доклада[1] и касающиеся введения ограничений на объем ее документации, и просит Генерального секретаря учитывать особые характеристики мандата и деятельности Комиссии при обеспечении соблюдения ограничений на объем документов Комиссии;

10. *одобряет также* выводы Комиссии, содержащиеся в пункте 130 ее доклада и касающиеся необходимости продолжения составления кратких отчетов о ее заседаниях, связанных с разработкой нормативных текстов;

11. *подчеркивает* важное значение обеспечения вступления в силу конвенций, являющихся результатом деятельности Комиссии, для глобальной унификации и согласования права международной торговли и с этой целью настоятельно призывает государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о подписании и ратификации этих конвенций или присоединении к ним;

12. *отмечает*, что в 2005 году исполнится двадцать пятая годовщина принятия Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров[8] и двадцатая годовщина принятия

---

[5] Резолюции 55/215, 56/76 и 58/129.

[6] См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17* (A/59/17), глава XV, раздел A.

[7] Резолюция 57/283 B, раздел III, пункт 29, и резолюция 58/250, раздел III, пункты 2 и 17.

[8] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567.

Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международном торговом арбитраже[9], и в этой связи приветствует инициативы, которые предпринимаются для организации конференций и аналогичных мероприятий для оценки опыта, особенно судов и арбитражных трибуналов, в работе с этими текстами;

13. *выражает признательность* за подготовку краткого сборника прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров в целях содействия распространению информации о Конвенции и поощрения ее принятия, использования и единообразного толкования, а также за прогресс в работе над кратким справочником прецедентного права в отношении Типового закона о международном торговом арбитраже.

65-е пленарное заседание,
2 декабря 2004 года

[9] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17* (A/40/17), приложение I.

59/40. Руководство Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Генеральная Ассамблея,

признавая важное для всех стран значение усиленных, эффективных и действенных режимов несостоятельности как средства поощрения экономического развития и инвестирования,

отмечая растущее осознание того, что режимы реорганизации имеют важнейшее значение для санации предприятий и экономического подъема, развития предпринимательской активности, сохранения рабочих мест и наличия финансовых средств на рынке капитала,

отмечая также важность вопросов социальной политики для структуры режима несостоятельности,

с удовлетворением отмечая завершение разработки и принятие Комиссией 25 июня 2004 года на ее тридцать седьмой сессии Руководства Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[1],

считая, что Руководство для законодательных органов, которое включает в себя текст Типового закона о трансграничной несостоятельности и Руководство по его принятию, рекомендованные Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 52/158 от 15 декабря 1997 года, вносит значительный вклад в дело создания согласованной правовой базы в области несостоятельности и будет полезно как государствам, которые не имеют эффективного и действенного режима несостоятельности, так и государствам, которые находятся в процессе пересмотра и обновления своих режимов несостоятельности,

признавая необходимость сотрудничества и координации между международными организациями, действующими в области реформы законодательства о несостоятельности, в целях обеспечения последовательности и упорядочения этой деятельности и содействия разработке международных стандартов,

отмечая, что подготовка Руководства для законодательных органов стала темой соответствующих обсуждений и широких консультаций с правительствами и международными межправительственными и неправительственными организациями, действующими в области реформы законодательства о несостоятельности,

1. *выражает свою признательность* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за завершение разработки и принятие Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[1];

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать Руководство для законодательных органов и приложить все усилия для обеспечения того, чтобы оно стало общеизвестным и общедоступным;

3. *рекомендует,* чтобы все государства должным образом учитывали Руководство при анализе экономической эффективности их режимов

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17* (A/59/17), глава III.

несостоятельности, а также при пересмотре или принятии законодательства, имеющего отношение к несостоятельности;

4. *рекомендует также*, чтобы все государства продолжили рассмотрение вопроса об осуществлении Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о трансграничной несостоятельности.

65-е пленарное заседание,
2 декабря 2004 года

Часть вторая

ИССЛЕДОВАНИЯ И ДОКЛАДЫ ПО КОНКРЕТНЫМ ТЕМАМ

I. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать девятой сессии (Вена, 1–5 сентября 2003 года) (A/CN.9/542) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение: резюме предыдущих обсуждений Рабочей группы	1–11
II.	Организация работы сессии	12–18
III.	Резюме обсуждения и решений	19
IV.	Подготовка проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	20–131
	A. Права на зачет (A/CN.9/WG.V/WP.68)	20
	B. Финансовые договоры и взаимозачет (A/CN.9/WG.V/WP.68)	21–27
	C. Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)	28–43
	D. Ведение производства: приоритеты и распределение (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)	44–50
	E. Итоги производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)	51–64
	1. Освобождение от обязательств	51–61
	2. Завершение производства	62–64
	F. Право на обжалование и апелляцию (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)	65–73
	1. Должник	65–67
	2. Управляющий в деле о несостоятельности	68
	3. Кредиторы	69–73
	G. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16, пункты 15–24)	74
	H. Часть первая. Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)	75–92
	1. Общая информация о процедурах несостоятельности (вводная часть, пункты 1–2)	76–81
	a) Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности (пункты 3–13)	77–78
	b) Установление баланса между ключевыми целями (пункты 14–18)	79–80
	c) Общие черты режима несостоятельности (пункты 19–21)	81
	2. Виды производства по делу о несостоятельности (вводная часть, пункты 22–25)	82–92
	a) Ликвидация (пункты 26–29)	83–84
	b) Реорганизация (пункт 30)	85–89
	c) Административные процедуры (пункты 56–57)	90
	d) Структура режима несостоятельности (пункты 58–64)	91–92

Пункты

I. Принятие плана реорганизации категориями кредиторов (A/CN.9/530, пункт 84, и A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, рекомендации 129 и 130) 93–94

J. Глоссарий (A/CN.9/WG.V/WP.67) 95–131

1. Замечания по терминологии (пункты 1–5) 96–97
2. Термины и определения 98–131

Административные требования или расходы 98
Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности 99
Имущественная масса, не имеющая активов 100
Действия по расторжению сделок 101
Обременительные активы 102
Центр основных интересов 103
Требование 104
Окончательный взаимозачет 105
Открытие производства 106
Суд 107
Механизм "навязывания" 108
Комитет кредиторов 109
Должник 110
Освобождение от обязательств 111
Отчуждение 112
Обремененные активы 113
Предприятие 114
Финансовый договор 115
Функционирующая хозяйственная единица 116
Несостоятельность 117
Имущественная масса в деле о несостоятельности 118
Производство по делу о несостоятельности 119
Процедуры несостоятельности 120
Управляющий в деле о несостоятельности 121
Принудительное производство 122
Ликвидация 123
Маржа, взаимозачет, соглашение о взаимозачете и зачет 124
Обычные коммерческие операции 125
Pari passu 126
Формализация, обеспеченный кредитор, обеспечительный интерес 127
Последующий кредитор 128
Преференция 129–131

I. Введение: резюме предыдущих обсуждений Рабочей группы

1. Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) на ее тридцать второй сессии в 1999 году было представлено предложение Австралии о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности (A/CN.9/462/Add.1). В этом предложении излагалось мнение о том, что Комиссия вследствие универсальности ее членского состава, предшествующей успешной работы по теме трансграничной несостоятельности и установившихся рабочих связей с международными организациями, обладающими специальным опытом и заинтересованностью в разработке законодательства о несостоятельности, представляет собой надлежащий форум для обсуждения вопросов, касающихся законодательства о несостоятельности. В этом предложении был высказан настоятельный призыв к Комиссии рассмотреть вопрос о том, чтобы поручить одной из рабочих групп разработку типового закона о несостоятельности юридических лиц с целью поощрения и содействия установлению эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

2. В Комиссии прозвучало признание важности того, чтобы все страны имели прочные режимы несостоятельности. Было высказано мнение о том, что принятый в той или иной стране режим несостоятельности в настоящее время является "первостепенным" фактором определения международного кредитного рейтинга этой страны. Вместе с тем была выражена обеспокоенность по поводу трудностей, связанных с работой в области законодательства о несостоятельности на международном уровне, в ходе которой приходится сталкиваться со сложными и потенциально несогласующимися социально–политическими преференциями. С учетом этих трудностей было выражено опасение, что эта работа может и не увенчаться успехом. Было указано, что разработать универсально приемлемый типовой закон, по всей видимости, не удастся и что любая работа нуждается в гибком подходе, который предоставлял бы государствам возможность выбора вариантов и принципов. Хотя в Комиссии прозвучали голоса в поддержку такого гибкого подхода, в целом было признано, что Комиссия не может принять окончательного решения о том, чтобы учредить рабочую группу для подготовки типового закона или иного текста, не изучив предварительно работу, уже проделанную другими организациями, и не проведя рассмотрения соответствующих вопросов.

3. Для содействия дальнейшему изучению этого вопроса Комиссия решила провести одну сессию рабочей группы с целью подготовки предложения в отношении практической возможности проведения этой работы, которое должно было быть рассмотрено Комиссией на ее тридцать третьей сессии. Такая сессия Рабочей группы была проведена в Вене 6–17 декабря 1999 года[1].

4. На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия приняла к сведению рекомендацию, которую Рабочая группа вынесла в своем докладе (A/CN.9/469, пункт 140), и предоставила Группе мандат на подготовку всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик надежного режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая рассмотрение внесудебной реструктуризации, а также руководства для законодательных органов, предусматривающего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, в том числе обсуждение возможных альтернативных подходов, а также их предполагаемых преимуществ и недостатков.

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/54/17), пункты 383–385.

5. Было решено, что при выполнении своей задачи Рабочая группа должна учитывать работу, которая ведется или была проведена другими организациями, в том числе Всемирным банком, Международным валютным фондом (МВФ), Азиатским банком развития (АБР), Международной федерацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ Интернэшнл) и Комитетом J Секции коммерческого права Международной ассоциации адвокатов (МАА)[2].

6. Для выяснения мнений и использования специального опыта этих организаций Секретариат организовал в сотрудничестве с ИНСОЛ и МАА глобальный коллоквиум ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ/МАА по вопросам несостоятельности в Вене 4–6 декабря 2000 года.

7. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела доклад о работе этого коллоквиума (A/CN.9/495). Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и высоко оценила работу, проделанную до того момента, в частности проведение глобального коллоквиума по вопросам несостоятельности, а также усилия по обеспечению координации с работой, проводимой другими международными организациями в области законодательства о несостоятельности. Комиссия обсудила рекомендации коллоквиума, особенно в отношении формы, которую может принять будущая работа, и толкования мандата, предоставленного Рабочей группе Комиссией на ее тридцать третьей сессии. Комиссия подтвердила, что этот мандат следует толковать широко для обеспечения подготовки надлежащим образом гибкого документа, который должен принять форму руководства для законодательных органов. Комиссия предложила Рабочей группе учитывать необходимость обеспечения максимально возможной конкретности в работе, с тем чтобы избежать подготовки такого руководства для законодательных органов, которое имело бы слишком общий характер и являлось бы слишком абстрактным для того, чтобы обеспечить требуемые ориентиры. С этой целью было предложено включить, насколько это возможно, типовые законодательные положения, даже если в них будут затрагиваться лишь некоторые из вопросов, подлежащих рассмотрению в руководстве[3].

8. Рабочая группа по законодательству о несостоятельности приступила к этой работе на своей двадцать четвертой сессии (Нью–Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года), начав с рассмотрения первого проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/504. Эта работа была продолжена на двадцать пятой (Вена, 3–14 декабря 2001 года), двадцать шестой (Нью–Йорк, 13–17 мая 2002 года), двадцать седьмой (Вена, 9–13 декабря 2002 года) и двадцать восьмой (Нью–Йорк, 24–28 февраля 2003 года) сессиях Рабочей группы. Доклады о работе этих сессий содержатся в документах A/CN.9/507, A/CN.9/511, A/CN.9/529 и A/CN.9/530, соответственно.

9. На своей двадцать седьмой сессии в ответ на высказанную на тридцать пятой сессии Комиссии в 2002 году просьбу о том, чтобы Рабочая группа вынесла рекомендацию в отношении завершения своей работы[4], Рабочая группа подчеркнула необходимость завершения подготовки руководства как можно скорее и рекомендовала, что, хотя проект руководства может и не быть готовым для окончательного принятия Комиссией в 2003 году, тем не менее такой проект должен быть представлен Комиссии в 2003 году для предварительного рассмотрения и оценки основополагающих принципов, на которых основывается руководство для законодательных органов. Такой подход способствовал бы использованию руководства для законодательных органов в качестве справочного материала до его окончательного принятия в 2004 году и

[2] Там же, *пятьдесят пятая сессия*, *Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 400–409.
[3] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17 и Corr.3), пункты 296–308.
[4] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 194.

предоставил бы тем странам, которые не участвовали в его разработке в Рабочей группе, возможность рассмотреть ход подготовки этого руководства. Было отмечено, что Рабочей группе может потребоваться провести еще одну сессию во второй половине 2003 года и, кроме того, возможно, даже в первой половине 2004 года с целью уточнения текста руководства для его окончательного принятия (A/CN.9/529, пункт 17).

10. На своей двадцать восьмой сессии (Нью–Йорк, 24–28 февраля 2003 года) Рабочая группа приняла следующую рекомендацию Комиссии (A/CN.9/530, пункт 18):

> "После пяти сессий (за период между июлем 2001 года и февралем 2003 года), на которых были проведены обширные исследования, анализ и обсуждения, Рабочая группа доводит до сведения Комиссии, что она завершила обзор основных существенных положений проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (как он содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add. 1–17) и рекомендует Комиссии следующее:
>
> 1. одобрить объем работы, проделанной Рабочей группой, как отвечающей предоставленному Рабочей группе мандату на подготовку "всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик надежного режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая рассмотрение внесудебной реструктуризации, а также руководства для законодательных органов, предусматривающего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, в том числе обсуждение возможных альтернативных подходов, а также их предполагаемых преимуществ и недостатков";
>
> 2. одобрить в предварительном порядке ключевые цели, общие черты и структуру режимов несостоятельности, как они изложены во вступительных главах Части первой руководства для законодательных органов;
>
> 3. поручить Секретариату распространить нынешний проект руководства для законодательных органов среди всех государств – членов Организации Объединенных Наций, соответствующих межправительственных и неправительственных организаций, а также частного сектора и региональных организаций для представления замечаний;
>
> 4. продолжить работу в сотрудничестве со Всемирным банком и другими организациями, действующими в области реформы законодательства о несостоятельности, для обеспечения взаимодополняемости и недопущения дублирования, и учитывать работу, проводимую Рабочей группой VI по обеспеченным сделкам; и
>
> 5. поручить Рабочей группе завершить ее работу над руководством для законодательных органов и представить его Комиссии в 2004 году для одобрения и принятия".

11. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия рассмотрела проект руководства для законодательных органов и приняла решение о его одобрении в принципе, при условии их окончательной доработки в соответствии с ключевыми целями. Комиссия просила Секретариат как можно скорее предоставить проект руководства для законодательных органов в распоряжение государств–членов, соответствующих межправительственных и неправительственных международных организаций, а также организаций частного сектора и

региональных организаций и отдельных специалистов для представления замечаний и представить его Комиссии в 2004 году для одобрения и принятия[5].

II. Организация работы сессии

12. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою двадцать девятую сессию в Вене 1–5 сентября 2003 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Венгрии, Германии, Индии, Испании, Италии, Канады, Китая, Колумбии, Литвы, Марокко, Мексики, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Уганды, Франции, Швеции и Японии.

13. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Аргентины, Дании, Ирландии, Коста–Рики, Ливана, Нигерии, Нидерландов, Перу, Республики Корея, Турции, Украины, Чешской Республики и Швейцарии.

14. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд и Всемирный банк; b) межправительственные организации: Организация экономического сотрудничества и развития; c) неправительственные организации: Американская ассоциация адвокатов, Американский фонд адвокатов, Центр юридических знаний, Аналитическая группа по вопросам несостоятельности (ГРИП), Международная ассоциация адвокатов, Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ Интернэшнл), Международный институт по вопросам несостоятельности и Центр по вопросам национального права в интересах межамериканской свободной торговли.

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	Визит ВИЗИТСОРА–АТ (Таиланд);
Заместитель Председателя:	Сугеун ОХ (Республика Корея), избран в личном качестве;
Докладчик:	Хорхе ПИНСОН САНЧЕС (Колумбия).

16. Рабочей группе были представлены следующие документы:

Записка Секретариата: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/ WP.63 и Add.1–17);

Записка Секретариата: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности – глоссарий (A/CN.9/ WG.V/WP.67); и

Записка Секретариата: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности – (права на зачет, финансовые договоры и взаимозачет) (A/CN.9/WG.V/WP.68).

17. В распоряжении Рабочей группы имелись следующие справочные материалы:

Записка Секретариата о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.50);

[5] Полный текст решения Комиссии см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 172–179.

Доклады Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.54 и Add.1 и 2; A/CN.9/ WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58 и A/CN.9/WG.V/WP.61 и Add.1);

Доклад Генерального секретаря об альтернативных подходах к процедурам внесудебного урегулирования дел о несостоятельности (A/CN.9/ WG.V/WP.55);

Доклад Генерального секретаря об альтернативных неофициальных процедурах урегулирования дел о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/ WP.59);

Доклад о работе Глобального коллоквиума ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ/МАА по вопросам несостоятельности (A/CN.9/495);

Доклады ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать четвертой (A/56/17), тридцать пятой (A/57/17) и тридцать шестой (A/58/17) сессий;

Доклады Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее двадцать второй (A/CN.9/469), двадцать четвертой (A/CN.9/504), двадцать пятой (A/CN.9/507); двадцать шестой (A/CN.9/511), двадцать седьмой (A/CN.9/529) и двадцать восьмой (A/CN.9/530) сессий.

18. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Составление расписания заседаний

2. Выборы должностных лиц

3. Утверждение повестки дня

4. Подготовка руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

5. Прочие вопросы

6. Утверждение доклада.

III. Резюме обсуждения и решений

19. Рабочая группа рассмотрела проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности на основе документов A/CN.9/WG.V/WP.68, A/CN.9/WG.V/WP.63Add.2 и 14–17 и A/CN.9/ WG.V/WP.67. Рабочая группа начала свою работу с рассмотрения документа A/CN.9/WG.V/WP.68, а затем обсудила документы A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.17, Add.14 (начиная с раздела C "Приоритеты и распределение") – Add.16, Add.2 и A/CN.9/WG.V/WP.67. Рабочая группа завершила рассмотрение остальных добавлений к документу A/CN.9/WG.V/WP.63, а также документа A/CN.9/WG.V/WP.68. Что касается глоссария, содержащегося в документе A/CN.9/WG.V/WP.67, то Рабочая группа завершила рассмотрение и пересмотр терминов вплоть до слова "преференция" включительно. Ход обсуждения и принятые Рабочей группой решения в связи с различными рассмотренными документами излагаются ниже.

IV. Подготовка проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

A. Права на зачет (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Рекомендации

20. Рабочая группа в целом одобрила нынешнюю редакцию касающегося цели положения рекомендаций относительно прав на зачет. Что касается самой рекомендации 82, то было выражено общее согласие с тем, что потребуется несколько изменить ее формулировку для обеспечения защиты права на зачет в случае, если оно возникает до открытия производства, независимо от того, было ли оно юридически действительным образом осуществлено до или после открытия производства по делу о несостоятельности. Было высказано мнение о том, что в руководстве следует провести четкое различие между применением положений о расторжении к общему праву на зачет, как это предусматривается в рекомендации 82, и зачетом в контексте финансовых договоров, когда применение таких положений может привести к нарушению функционирования финансовых рынков. В этой связи было высказано предположение о том, что обсуждение вопросов финансовых договоров в документе A/CN.9/WG.V/WP.68 в пункте 143 раздела, посвященного общему рассмотрению прав на зачет, вполне может привести к возникновению неясностей и что его следует пересмотреть. Было отмечено, что Рабочая группа более подробно рассмотрит определение термина "зачет" в контексте обсуждения глоссария.

B. Финансовые договоры и взаимозачет (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Рекомендации

21. Перед началом обсуждения было выражено общее согласие с тем, что необходимо более тщательно рассмотреть использование таких терминов, как "финансовый договор" и "финансовое учреждение". Было высказано мнение, что определение "финансового договора" должно быть сформулировано максимально широко и гибко, с тем чтобы охватить возможность появления новых видов финансовых инструментов в будущем. Противоположная точка зрения состояла в том, что широкое определение, возможно, не послужит цели предоставления законодателям достаточных рекомендаций. Еще одно мнение состояло в том, что в начало текста пункта 195 документа A/CN.9/WG.V/WP.68 может быть добавлено предложение, определяющее минимально необходимые характеристики финансового договора, с тем чтобы предоставить в распоряжение законодателей определенные руководящие указания. Была выражена поддержка мнению о том, что содержание комментария и рекомендаций должно в полной мере относиться как к двусторонним, так и многосторонним договорам, поскольку в обоих случаях существует возможность того, что несостоятельность затронет многочисленные сделки, что потенциально сопряжено с системным риском для рынка. Что касается "финансовых учреждений", то было решено, что любое определение должно предусматривать более широкий охват, чем просто охват банков, а в ответ на предположение о том, что было бы, возможно, предпочтительней использовать термин "финансовый посредник", было указано, что любой используемый термин должен охватывать стороны финансового договора (а эти стороны термин "финансовый посредник" не охватывает). Было также высказано мнение о том, что оба этих вопроса могут быть более подробно обсуждены в контексте рассмотрения глоссария. Был высказан настоятельный призыв проявлять осторожность при любых изменениях формулировок и отмечено, что в принципе

проект руководства не должен затрагивать действия устоявшихся правил и специальных режимов регулирования, применимых к финансовым рынкам и учреждениям.

22. Применительно к положению рекомендаций, касающемуся цели, было высказано мнение, что, поскольку первоначальное предназначение положений, имеющих отношение к взаимозачету, состояло в обеспечении жесткой защиты финансовых рынков, подпункты (a) и (b) можно поменять местами.

23. Определенная поддержка была выражена исключению формулировки "сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности" из первого предложения рекомендации 83. В иных отношениях Рабочая группа одобрила содержание рекомендаций 83–85 в их нынешней редакции.

24. В числе изменений в рекомендации 86 предлагалось исключить первую заключенную в квадратные скобки формулировку на том основании, что она является излишней, а также вторую заключенную в квадратные скобки формулировку, которая преследует цель обеспечить сохранение применения положений, касающихся мошеннических сделок. Эти мнения, а также предложение пересмотреть ссылку на применение положений, касающихся расторжения сделок, исключив слова "не следует распространять действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся расторжения сделок" и включив формулировку о том, что соответствующие сделки "должны освобождаться от расторжения", получили поддержку. Предложение сохранить слова о применении правил, касающихся мошеннических сделок, поддержки не получило.

25. Была выражена общая поддержка снятию квадратных скобок в рекомендации 87.

26. Было внесено предложение о дополнительном включении в этот раздел новой рекомендации, указывающей, что раздел не преследует цели охватить сделки, которые не являются финансовыми договорами и которые будут охватываться общими нормами права о взаимозачете и зачете.

27. Рабочая группа одобрила содержание рекомендаций 88 и 89 в их нынешней редакции при условии включения дополнительных разъяснений в том, что касается определения финансовых договоров в контексте глоссария.

C. Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)

28. Рабочая группа в общем виде обсудила вопрос о включении в проект руководства материалов, касающихся применимого права. Возобладало мнение о том, что вопросы применимого права имеют важнейшее значение для производства по делу о несостоятельности и что материалы по соответствующим вопросам должны быть включены в проект руководства для оказания помощи и предоставления рекомендаций законодателям и другим пользователям. В то же время, что касается объема материалов, которые предполагается включить, была выражена определенная обеспокоенность в связи с тем, что обсуждение и окончательная доработка положений о применимом праве не должны задерживать ход работы над руководством. Рабочая группа согласилась с тем, что рекомендации, содержащиеся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17, представляют собой хорошую основу для рассмотрения и обсуждения соответствующих вопросов.

29. Что касается положения с изложением цели, то было высказано мнение о том, что подпункт (a) касается не столько непосредственно применимого права, сколько общего применения проекта руководства в целом и что в силу этого его

следует исключить. Было сочтено, что в подпунктах (b) и (c) внимание слишком пристально концентрируется на юридических отношениях с должником, и была выражена поддержка расширению обоих этих пунктов, с тем чтобы они в более общем плане охватывали производство по делу о несостоятельности. Было отмечено, что вступительная формулировка подпункта (d) также является излишне ограничительной и что ее следует исключить.

30. Получившее определенную поддержку предложение по рекомендации 1 состояло в том, чтобы сохранить вводную часть в качестве оперативного правила и перенести подпункты (a)–(k) в сопровождающий рекомендации комментарий, который потребуется подготовить. Еще одно предложение, также получившее определенную поддержку, заключалось в том, что следует сохранить подпункты (a)–(k) в рекомендации, пересмотрев их редакцию, с тем чтобы обеспечить более точное соответствие с последовательностью изложения и терминологией проекта руководства, и устранив возможные несоответствия между подпунктом (g) в его нынешней формулировке и рекомендацией 2. Другие редакционные изменения, предложенные в связи с подпунктами (a)–(k), состояли в том, чтобы исключить все ссылки на арендные договоры в подпункте (i) и добавить ссылки на другие ключевые составляющие производства по делу о несостоятельности, в том числе на правила, регулирующие распределение поступлений и очередность требований. Еще одно предложение редакционного плана состояло в том, чтобы упомянуть в названии о праве, применимом к производству по делу о несостоятельности, а затем более четко изложить оперативную норму примерно в следующей редакции: "Законодательство места, в котором открывается производство по делу о несостоятельности, является правом, которое применяется к ведению и прекращению производства по делу о несостоятельности, а также управлению им". Эти предложения получили определенную поддержку.

31. Что касается замечания для Рабочей группы, предшествующего тексту рекомендации 2, то мнение о том, что вопросы действительности не должны рассматриваться в контексте применимого права, получило определенную поддержку. Было высказано предположение о том, что в центре внимания рекомендации 2 должно стоять признание права другого государства, а не возможность применения такого права и что предпочтительным редакционным решением является заключенная в квадратные скобки формулировка, содержащая упоминание о "возможности расторжения сделки". Еще одно предложение состояло в том, что если будут сохранены и рекомендация 2, и рекомендация 3, то их следует объединить, поскольку в обеих этих рекомендациях устанавливаются исключения к рекомендации 1.

32. Поддержка была выражена мнению о том, что рекомендацию 3, поскольку она представляет собой скорее материально–правовую норму, чем норму о применимом праве, а также с учетом обсуждений, проведенных в Рабочей группе по вопросам зачета и взаимозачета, следует исключить. В качестве альтернативы было предложено включить текст, устанавливающий общую норму о том, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно затрагивать действие коллизионных норм, применимых за пределами вопросов несостоятельности. Это предложение получило определенную поддержку.

33. Широкая поддержка была выражена исключению подпунктов (a) и (c) рекомендации 4 при сохранении в качестве общего правила подпункта (b). В то же время было отмечено, что устанавливаемое в результате этого правило не будет иметь непосредственного отношения к несостоятельности и что в силу этого его не требуется включать в руководство по вопросам законодательства о несостоятельности. Некоторая обеспокоенность была также выражена в связи с тем, что сохранение в общеприменимом правиле подпункта (b) может вызвать предположение о том, будто бы концепция публичного порядка, применимая к

несостоятельности, отличается от этой же концепции более общего применения. Еще один момент, вызвавший обеспокоенность, заключался в том, что ссылка на право, применимое к юридическим отношениям, может быть истолкована как охватывающая как выбор права, регулирующего вопросы несостоятельности, так и выбор права, регулирующего вопросы договоров, причем последняя возможность должна быть прямо исключена. На основе предположения о сохранении подпункта (b) было предложено исключить слово "явно" и слова "без учета... избранным применимым правом" во вводной части. Эти предложения не получили поддержки.

34. Была выражена обеспокоенность относительно значения рекомендации 5, а также в связи с тем, предполагается ли установить правило, касающееся субординации законодательства о несостоятельности по отношению к закону других правовых систем, или же чисто внутреннее правило, регулирующее взаимосвязь между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. Если преследуется вторая цель, то, как было отмечено, подобное правило неприменимо в контексте коллизионных вопросов, хотя оно и может оказаться полезным в более широком плане и его следует рассмотреть в другом месте проекта руководства. В этой связи было отмечено, что в пункте 20 документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2 указывается на необходимость рассмотреть взаимосвязь между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. Было предложено для уточнения закрепляемого в первом предложении правила об определении применимого права заменить слова "другие законы правовой системы" словами "законы других правовых систем". Это предложение получило определенную поддержку.

35. В отношении рекомендации 6 было поддержано мнение о том, что, хотя первое предложение может иметь отношение к рекомендации 5, из рекомендации 6 его следует исключить. Одно мнение, высказанное в отношении последнего предложения, заключалось в том, что, хотя в нем отражен полезный принцип, его следует рассматривать в комментарии, а не в рекомендации. Альтернативное мнение заключалось в том, что последнее предложение служит важной цели, способствуя принятию соответствующих стандартов, и поэтому его следует сохранить.

36. Рабочая группа рассмотрела следующий пересмотренный текст рекомендаций, касающихся применимого права:

"Цель законодательных положений

Цели положений, касающихся применимого права, регулирующего производство по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) облегчить заключение коммерческих сделок за счет обеспечения ясной и прозрачной основы для определения права, которое будет применяться к производству по делу о несостоятельности;

b) предоставить в распоряжение судов ясные и предсказуемые правила для обеспечения соблюдения положений о выборе права, содержащихся в договорах с должником; и

c) предоставить в распоряжение судов ясные и предсказуемые правила для определения права, применимого к производству по делу о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Право страны производства по делу о несостоятельности

1) Законодательство о несостоятельности места, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, должно применяться ко всем аспектам ведения и прекращения производства по делу о

несостоятельности, а также управления таким производством, включая следующее:

[a) круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и критерии открытия производства;

b) образование и состав имущественной массы;

c) режим имущества, входящего в имущественную массу, включая объем моратория, исключения из моратория и освобождение от его действия;

d) затраты и расходы;

e) предложение, утверждение, подтверждение и выполнение плана реорганизации;

[f] режим юридических действий, наносящих ущерб кредиторам – *подлежит согласованию с (2)*];

g) последствия открытия производства для контрактов, по которым должник и его контрагент еще не выполнили в полном объеме лежащих на них обязательств, включая возможность обеспечения соблюдения содержащихся в этих контрактах и положений об автоматическом прекращении и о запрещении уступки;

h) условия, при которых после открытия производства по делу о несостоятельности может быть осуществлен зачет;

i) полномочия должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредиторов и комитета кредиторов;

j) требования и их режим;

k) приоритеты для рангирования требований;

l) распределение поступлений от ликвидации; и

m) разрешение и прекращение производства].

Исключение из правила о применении права страны производства по делу о несостоятельности

2) В качестве исключения из оговоренного в рекомендации 1 законодательство о несостоятельности может предусматривать, что право иного государства применимо к вопросу о возможности расторжения сделки или произведенного зачета или обязательства, принятого до открытия производства производства по делу о несостоятельности.

[Рекомендация 3 исключена]

Действительность договорных положений о выборе права

4) Законодательство о несостоятельности должно признавать договорные положения, в которых должник и его контрагент прямо соглашаются о том, что правом, применимым к их правовым отношениям по договору, будет право указанной правовой системы без учета связи между соответствующей сделкой или сторонами и избранным применимым правом, кроме как в случаях, когда такое положение рассматривается как явно противоречащее публичному порядку правовой системы, право которой применялось бы в отсутствие такого положения.

Определение применимого права

5) Законодательство о несостоятельности должно четко указывать случаи, когда законодательство о несостоятельности будет подчиняться законам другой правовой системы.

(Подлежит включению в другое место текста Руководства: Законодательство о несостоятельности должно признавать и уважать права и другие требования, имеющие силу согласно другим правовым нормам за пределами законодательства о несостоятельности, кроме как в той степени, в которой может возникнуть необходимость в изменении или отсрочивании таких прав и требований для достижения конкретных целей процедур несостоятельности.)

6) В тех случаях, когда к применению правовых норм за пределами законодательства о несостоятельности имеет отношение право более чем одного государства, суду, рассматривающему дело о несостоятельности, потребуется применить коллизионную норму государства суда для определения того, правовые нормы какого государства должны быть применены. Коллизионные нормы должны быть ясными и предсказуемыми и соответствовать современным коллизионным нормам, закрепленным в международных договорах и руководствах для законодательных органов, подготовленных международными органами".

37. Что касается положения, посвященного изложению цели, то было решено сохранить содержание подпунктов (b) и (c) с некоторыми редакционными изменениями, призванными отразить мнение о том, что подпункт (b) представляет собой подкатегорию подпункта (c) и что его в силу этого следует включить в этот подпункт. В редакционном плане было предложено заменить слова "к производству о деле о несостоятельности" словами "в контексте производства по делу о несостоятельности".

38. После обсуждения подпунктов (a)–(m) рекомендации 1 было решено сохранить их в рекомендации, сняв квадратные скобки. Было также выражено согласие с необходимостью некоторого согласования рекомендации 1(f) с рекомендацией 2, возможно, путем использования в рекомендации 1(f) примерно следующей формулировки: "правила, касающиеся возможности признания ничтожными, расторжимыми или не имеющими исковой силы юридических действий, наносящих ущерб кредиторам". Было также решено заменить термин "полномочия" в рекомендации 1(i) словами "права и обязательства", которые используются в других местах руководства.

39. Рабочая группа пришла к согласию с приемлемостью содержания рекомендации 2 при условии внесения некоторых редакционных изменений, направленных на разъяснение цели этого положения, состоящей в том, что право другого государства может применяться к вопросам зачета или расторжения, а не просто к расторжению произведенного зачета, как это можно предположить на основании нынешней редакции.

40. Что касается рекомендации 4, то было достигнуто согласие о приемлемости стандарта публичного порядка и необходимости его сохранения при том, что потребуется более тщательно рассмотреть целесообразность сохранения слов "... право которой применялось бы в отсутствие такого положения".

41. Была выражена поддержка предложению заменить слово "подчиняться" в рекомендации 5 формулировкой, указывающей на то, что законодательство о несостоятельности будет "допускать применение" закона других правовых систем. Кроме того, было решено отразить содержание примечания, сопровождающего рекомендацию 5, в другом месте руководства.

42. После обсуждения рекомендации 6 Рабочая группа решила сохранить первое предложение рекомендации, с тем чтобы предусмотреть правило о применении иных законов, чем законодательство о несостоятельности, при том, что вступительная формулировка будет заменена словами "что касается применения правовых норм за пределами законодательства о несостоятельности, то суду ...".

43. К Секретариату ЮНСИТРАЛ была обращена просьба отразить проведенное обсуждение при пересмотре текста рекомендаций, касающихся применимого права, и подготовить комментарии для рассмотрения Рабочей группой на ее следующей сессии. К Секретариату была также обращена просьба провести консультации с Гаагской конференцией по международному частному праву.

D. Ведение производства: приоритеты и распределение (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

Рекомендации

44. В отношении положений раздела рекомендаций, касающихся целей, были высказаны редакционные предложения о том, что в подпункте (a) слово "оплаты" следует заменить словом "удовлетворения", а в подпункте (b) следует сделать ссылку на равный статус кредиторов, находящихся в аналогичном положении, а не на кредиторов одной и той же категории. Кроме того, было решено снять квадратные скобки в подпункте (c) и сохранить существующую формулировку положений о целях. Было также решено пересмотреть комментарий в пункте 441 и других местах, с тем чтобы отразить результаты обсуждений в Рабочей группе по подпункту (b), подробно изложив различные подходы в отношении статуса кредиторов различных категорий, включая использование подкатегорий, и проведя разграничение между жестким применением принципа pari passu в отношении статуса различных категорий кредиторов в рамках ликвидации и более гибким подходом, применяемым в рамках реорганизационного производства. В качестве общего замечания было указано, что следует разъяснить порядок применения рекомендаций 166–171 в отношении ликвидационного и реорганизационного производства.

45. В отношении рекомендации 166 было решено исключить формулировку "помимо обеспеченных требований".

46. Хотя была выражена определенная поддержка исключению выделенного подчеркиванием текста в первом предложении рекомендации 167, возобладало мнение в пользу сохранения этого текста. Было указано на возможность пересмотра второго предложения для разъяснения того, что данная рекомендация касается не действительности приоритетов, а необходимости исключить неопределенность в отношении очередности приоритетов за счет оговаривания всех приоритетов в законодательстве о несостоятельности. Было указано, что предусмотренный в законодательстве приоритет, установленный или определенный путем ссылки на иные нормы права, не может считаться недействительным лишь в силу того, что он не предусмотрен в законодательстве о несостоятельности. Было предложено включить в конце этой рекомендации предложение, содержащее указание на то, что в законодательстве о несостоятельности должно быть оговорено, могут ли – и в какой степени могут – признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности приоритеты, установленные в соответствии с иными нормами права.

47. Рабочая группа постановила исключить сноску 3 к рекомендации 168, хотя определенную поддержку получило предложение рассмотреть в пункте 424 комментария последствия подхода, изложенного в сноске 3, для ипотеки на

предприятия или обеспечения в ликвидных активах, с одной стороны, и фиксированного обеспечительного интереса, с другой стороны. Было также решено, что в этой рекомендации следует рассмотреть вопрос о передаче обремененных активов обеспеченному кредитору в качестве дополнительного варианта к выплате доходов от реализации обремененных активов. Общую поддержку получило также предложение включить в рекомендацию 168 второе предложение, аналогичное второму предложению рекомендации 167, с тем чтобы установить требование в отношении указания в законодательстве о несостоятельности других приоритетных интересов. В порядке редакционного замечания было предложено включить слова "в рамках ликвидационного производства или в соответствии с планом реорганизации" после слов "... реализации обеспечения...". Было указано, что существуют различные уровни административных расходов, которые могут иметь в рамках реорганизации более высокий приоритет, чем в рамках ликвидационного производства.

48. Был высказан ряд редакционных предложений в отношении рекомендации 169. Было, в частности, предложено исключить в подпункте (a) текст, следующий за словами "административные затраты и расходы"; разъяснить, что подразумевается в подпункте (b) под словами "обладающие приоритетом требования"; а также исключить из этой рекомендации подпункт (e), поскольку он не касается выплат кредитору, или же, в противном случае, соответствующим образом изменить вводную формулировку рекомендации 169.

49. Было указано, что, хотя выделенная подчеркиванием формулировка в рекомендации 170 касается согласованных в договоре субординированных требований, эта рекомендация могла бы также охватывать другие приемлемые виды субординации, например пропорциональную субординацию. Было также предложено включить в конце второго предложения формулировку "если держатели требований более высокой категории не договариваются об ином" или же, в противном случае, выделить все это предложение в новую рекомендацию. В связи с этим было также высказано мнение о том, что в качестве общего принципа законодательство не должно ограничивать право сторон на автономию договора, и поэтому к разделу рекомендации можно было бы добавить примечание, содержащее указание на то, что общие правила, изложенные в рекомендациях 169–171, могут изменяться по соглашению сторон.

50. В отношении рекомендации 171 было решено заменить слово "должен" словом "может". Было также решено сделать во втором предложении ссылку на гарантии в отношении существующих требований, которые еще не были представлены, с тем чтобы не наказывать кредиторов, которые не представили требования по причинам, не связанным с виной или упущением с их стороны. В порядке редакционного замечания было предложено указать, что в рамках ликвидационного производства распределение должно производиться оперативно и в максимально возможном объеме. Альтернативное мнение заключалось в том, что подробные положения во втором предложении рекомендации 171 являются чрезмерно ограничительными для повседневного управления имущественной массой управляющим в деле о несостоятельности и что их можно было бы исключить из текста. Секретариату ЮНСИТРАЛ было предложено подготовить новый пересмотренный вариант этих рекомендаций с учетом результатов обсуждений в Рабочей группе.

E. Итоги производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)

1. Освобождение от обязательств

Рекомендации

51. Было указано, что, поскольку в проекте руководства, как правило, делается ссылка на физических лиц, выступающих должниками, а не на отдельных должников, в подпункт (a) положений о целях и в рекомендацию 172 необходимо внести соответствующие изменения. Помимо этого, положения о целях были по существу сочтены приемлемыми.

52. Были высказаны различные замечания в отношении редакции вводной формулировки рекомендации 172. Было поддержано предложение исключить ссылку на должника, занимающегося коммерческой деятельностью, с учетом решения Рабочей группы по вопросу о круге лиц, в отношении которых может быть открыто производство, и о сфере применения проекта руководства. Было поддержано также предложение исключить слова "после [ликвидации... производства]", поскольку вопрос о моменте освобождения от обязательств рассматривается в подпунктах (a) и (b).

53. Было поддержано мнение о том, что подпункт (a) следует рассматривать как положение, устанавливающее стандарт поведения для должника в рамках производства по делу о несостоятельности, с тем чтобы он мог быть освобожден от обязательств. Широкую поддержку получило предложение исключить содержащиеся в квадратных скобках формулировки "[является честным]" и "[действовал добросовестно]", поскольку такие стандарты трудно осуществить на практике. Было решено сохранить ссылку на совершение мошеннических действий и указано на возможность ее сочетания с более объективной формулировкой "исполнил свои обязательства в соответствии с законодательством о несостоятельности".

54. В отношении подпункта (b) было поддержано предложение сохранить оба варианта для определения сроков начала освобождения от обязательств. Было также предложено включить ссылку на закрытие производства. Было поддержано предложение исключить слова "в течение ... исполнить свои обязательства".

55. В отношении подпункта (c) было указано, что в нем следует рассмотреть те долги, которые в силу их характера подлежат исключению из сферы действия освобождения, предоставляемого должнику. Хотя отмечалось, что вопрос о выборе долгов, исключаемых из сферы действия освобождения, должен решаться самими государствами, было высказано мнение о том, что единственными исключениями, которые могут быть упомянуты в рекомендации, должны быть исключения, связанные с исками из деликта, алиментами или долгами, основанными на штрафах, когда альтернативой является тюремное заключение. Другие примеры можно было бы рассмотреть в комментарии. Кроме того, рекомендация должна содействовать обеспечению прозрачности и определенности за счет требования о том, что все такие исключения должны быть упомянуты в законодательстве о несостоятельности.

56. Было указано, что примеры, включенные в подпункт (d), являются неуместными, поскольку, в частности, запрет заниматься коммерческой деятельностью несовместим с идеей предоставления освобождения; если должник не удовлетворяет условиям для продолжения осуществления коммерческой деятельности, его, вероятно, не следует освобождать от обязательств. Было предложено исключить эти примеры или же ограничить сферу их применения, сделав, например, ссылку на участие в совете директоров в отличие от просто занятия коммерческой деятельностью. В то же время было указано, что цель подпункта (d) во многих правовых системах не связана с

вопросом о том, следует ли освобождать должника от обязательств, а скорее касается ограничений, которые будут применяться в отношении должника, исходя из его поведения в ходе разбирательства по делу о несостоятельности.

57. Было указано, что структуру рекомендации 172, возможно, необходимо будет пересмотреть, поскольку подпункты (a)–(d) не отражают различных вариантов, как это предусматривается в вводной формулировке; скорее, подпункты (a) и (b) представляют собой альтернативные варианты, а подпункты (c) и (d) могут применяться независимо от выбора между подпунктами (a) и (b).

58. Рабочая группа рассмотрела следующий пересмотренный вариант рекомендации 172, направленный на урегулирование вопросов освобождения от обязательств при ликвидации:

> "172. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает несостоятельность должников, являющихся физическими лицами, должен быть урегулирован вопрос об освобождении должника от ответственности за возникшие до открытия производства долги:
>
> a) освобождение от обязательств не может вступать в силу до истечения оговоренного срока после открытия производства, в течение которого от должника будет ожидаться сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности;
>
> b) должник может быть освобожден от обязательств полностью и немедленно, если должник не совершал мошеннических действий и сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности в выполнении своих обязательств в соответствии с законодательством о несостоятельности;
>
> c) если некоторые долги исключены из сферы действия освобождения, такие долги должны быть сведены к минимуму для содействия возобновлению деятельности должника и должны быть оговорены в законодательстве о несостоятельности;
>
> d) если освобождение оговорено условиями, такие условия должны быть сведены к минимуму для содействия возобновлению деятельности должника".

59. Что касается пересмотра рекомендации 172, то Рабочая группа согласилась, в частности, заменить вступительную формулировку следующей: "В тех случаях, когда в соответствии с законодательством о несостоятельности должниками могут быть признаны физические лица"; сохранить подпункт (a) без изменений; исключить из подпункта (b) слова "полностью и немедленно"; признать приемлемым нынешний текст подпунктов (c) и (d); и добавить в эту рекомендацию подпункт (e) для урегулирования вопроса об аннулировании освобождения от обязательств в тех обстоятельствах, например, когда оно было получено мошенническим путем. Что касается взаимосвязи между подпунктами (a) и (b), то было высказано мнение о возможной целесообразности изменения редакции подпункта (b) с тем, чтобы он вступал в действие по истечении срока, оговоренного в подпункте (a). В обоих подпунктах будет предусматриваться возможность установления соответствующего срока, в течение которого должник должен сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности, а также оговариваться, что по истечении этого срока освобождение от обязательств будет вступать в силу при условии, что должник действительно сотрудничал и не действовал мошенническим образом.

60. После обсуждения Рабочая группа просила Секретариат ЮНСИТРАЛ подготовить новый пересмотренный вариант на основе обсужденных соображений.

61. В отношении рекомендации 173 было указано, что результаты выполнения плана будут определять последствия с точки зрения освобождения от обязательств и что в законодательстве предусматривается, что результаты выполнения плана могут быть различными. Поэтому была выражена определенная поддержка в отношении переноса данного текста в главу, посвященную реорганизационному производству. Другое предложение, которое также получило поддержку, заключалось в том, чтобы перенести этот текст в рекомендацию 175. Было решено разъяснить порядок применения данной рекомендации в отношении как юридических лиц, так и физических лиц, выступающих должниками, и что освобождение от обязательств может применяться либо с момента принятия плана, либо с момента его выполнения в полном объеме. Если освобождение от обязательств будет применяться с момента принятия плана, в комментарии следует указать, что в соответствии со многими законами освобождение от обязательств может быть отложено, если план не выполнен полностью.

2. Завершение производства

Рекомендации

62. После обсуждения Рабочая группа одобрила существо положения о целях в представленном виде. Было предложено включить ссылку на направление заинтересованным сторонам уведомления о завершении производства.

63. В порядке редакционного замечания было предложено разъяснить вводную формулировку рекомендации 174, сделав ссылку, например, на момент, когда имущественная масса считается полностью ликвидированной или реализованной и распределенной, а не на "завершение управления имущественной массой". В ответ было указано, что слово "ликвидирована" может препятствовать завершению производства в тех случаях, когда активы возвращаются кредитору, и было высказано мнение о том, что такой случай должен охватываться независимо от выбора формулировки. Было решено исключить ссылку на освобождение управляющего в деле о несостоятельности от исполнения его обязанностей.

64. В отношении рекомендации 175 было поддержано мнение о том, что необходимо только первое предложение, поскольку в остальных предложениях рассматриваются вопросы, которые охвачены в разделе, посвященном преобразованию реорганизационного производства. В отношении момента завершения производства было указано, что для полного выполнения может потребоваться значительный срок и что следует разрешить использовать более раннюю дату в тех случаях, когда, например, суд может установить, что существуют разумные основания ожидать полного выполнения. Это предложение получило поддержку. Было также предложено включить в первое предложение слова "не позднее, чем" перед формулировкой "после полного выполнения плана реорганизации".

F. Право на обжалование и апелляцию (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

1. Должник

65. Рабочая группа решила, что вопрос обладания должником права на обжалование и апелляцию следует затронуть в проекте руководства, поскольку такое право в целом является основополагающим правом, защищаемым законом.

66. Было также решено, что право должника добиваться обжалования или апелляции в отношении решений, принятых в ходе производства по делу о несостоятельности, будет ограничиваться теми решениями, в которых должник

имеет прямой интерес или которые затрагивают права и обязательства должника. Было отмечено, что такое право должника должно быть сбалансированным с учетом интересов кредиторов, и если это право не ограничивается теми вопросами, в которых должник имеет такой интерес, то возникает вероятность причинения производству неоправданного ущерба и его задержки, а также риск существенных расходов с вытекающим из этого ущербом интересам кредиторов. Было также решено, что объем этого права будет более ограниченным при ликвидации, чем при реорганизации, в силу самого характера производства и что осуществление этого права может иметь отношение к структуре законодательства. Например, в случаях, когда автоматического освобождения от обязательств не предусматривается, должник может быть в большей степени заинтересован в ходе производства и в решениях, затрагивающих его интересы.

67. Для целей определения того, в чем должник предположительно может иметь интерес, было высказано мнение о том, что такой интерес должен быть законным, фактическим, реально существующим и значительным. Было отмечено, что, как правило, будут наличествовать процессуальные средства для рассмотрения тех обжалований, которые не могут быть обоснованы.

2. Управляющий в деле о несостоятельности

68. Предложение о добавлении раздела, касающегося права управляющего в деле о несостоятельности на обжалование и апелляцию, получило поддержку. Было высказано предположение о том, что отсутствие такого раздела может толковаться читателями руководства как означающее, что управляющий в деле о несостоятельности не обладает каким-либо правом такого рода.

3. Кредиторы

69. В качестве вопроса редакционного характера было предложено добавить в пункт 7 комментария ссылки на сговор; кроме того, было высказано предположение о том, что, поскольку термин "управление имущественной массой" имеет разное значение в разных языках и правовых системах, следовало бы найти другой термин и что слово "gain" в тексте пункта 9 следует заменить словом "obtain". Кроме того, было предложено, чтобы руководство отразило баланс между индивидуальным правом на обжалование и апелляцию и коллективными интересами кредиторов, а также указывало на виды постановлений, которые могут быть обжалованы. В связи с этим было отмечено, что некоторые правовые системы допускают обжалование только окончательных постановлений, тогда как другие правовые системы допускают более широкое право на обжалование. Содержание материала в комментарии было в целом сочтено приемлемым.

70. Рабочая группа решила, что в проект руководства следует включить рекомендации, касающиеся права должника на обжалование.

71. В качестве вопроса общего характера было предложено подчеркнуть в руководстве необходимость того, чтобы решение о таком обжаловании принималось своевременно во избежание задержек в производстве и возникновения излишних расходов. В качестве вопроса редакционного характера было высказано предположение о том, что право на обжалование, которым обладают должник, кредитор и управляющий в деле о несостоятельности, могло бы быть более точно изложено в том случае, если оно будет затрагиваться в одном разделе, озаглавленном "Право заинтересованных сторон на обжалование", в котором будет содержаться определение термина "заинтересованные стороны". Было предложено добавить в глоссарий определение примерно следующего содержания:

"Заинтересованная сторона

Должник, управляющий в деле о несостоятельности, кредитор, держатель обеспечения в акциях, комитет кредиторов [правительственный орган] или любое другое лицо, права, имущество или обязанности которого согласно законодательству о несостоятельности [или в соответствии с таким законодательством] затрагиваются".

72. Далее было предложено добавить следующие рекомендации в главу IV:

"Право быть заслушанным

Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что заинтересованная сторона имеет право быть заслушанной по любому вопросу, который затрагивает ее обязанности согласно законодательству о несостоятельности, ее права или имущество, в котором она имеет интерес:

a) заинтересованная сторона может возражать против любых действий, которые требуют утверждения суда;

b) заинтересованная сторона может обжаловать в суде любые действия, для которых не требовалось или не запрашивалось утверждения суда;

c) заинтересованная сторона может ходатайствовать о любых средствах правовой защиты, которые могут быть ей предоставлены согласно законодательству о несостоятельности.

Право апелляции

Заинтересованная сторона может подавать апелляцию на любое постановление суда, которое затрагивает ее обязанности согласно законодательству о несостоятельности, ее права или имущество, в котором она имеет интерес".

73. В отношении редакции этого предложения был высказан ряд мнений. Что касается определения "заинтересованной стороны", то был задан вопрос о том, касается ли квалифицирующая формулировка, начинающаяся со слова "права ...", только "других лиц" или же она относится также и к должнику, управляющему в деле о несостоятельности и другим сторонам, охватываемым этим определением. Если эта оговорка не будет применяться для ограничения круга сторон, которым должно направляться уведомление, то, как было указано, требование направлять уведомление может привести к тому, что уведомлять потребуется потенциально широкий круг сторон, интересы которых не затрагиваются, например, всех акционеров. В подобных случаях это может быть связано с установлением весьма сложных обязательств в рамках производства по делу о несостоятельности. Предложение пересмотреть редакцию последней формулировки этого определения с тем, чтобы более четко определить права или интересы, которые будут затрагиваться, примерно следующим образом: "права которых, обязательства согласно законодательству о несостоятельности или имущество, в котором они имеют интерес, затрагиваются", получило определенную поддержку. Поддержка была также выражена сохранению ссылки на "правительственный орган", хотя и было выражено мнение о том, что более целесообразно было бы, возможно, использовать термин "публичный орган", с тем чтобы охватить тех субъектов, которые предполагалось включить по смыслу этой формулировки, как она использована в проекте руководства. Еще одно предложение состояло в том, чтобы оговорить используемый термин "затрагиваются", с тем чтобы потребовать наличия существенного или прямого воздействия, или же, альтернативно, включить в комментарий соответствующее разъяснение, ограничивающее охват этого использованного термина. В ответ была высказана точка зрения о том, что, поскольку в различных правовых

системах все более широко признаются "размытые" интересы, достижение согласия об объеме оговорки для включения в руководство может вызвать трудности. В редакционном плане было предложено добавить в начале рекомендации слова "Законодательство о несостоятельности должно предусматривать ..."; добавить в конце вводной части слова "в частности"; заменить слова "любое постановление" словами "какое-либо постановление"; привести формулировку "держатель обеспечения в акциях" и термин "имущество" в соответствие с терминологией, используемой в других главах проекта руководства; и добавить слова "производством по делу о несостоятельности" после слова "затрагиваются". К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный вариант этого определения и рекомендаций для включения в проект руководства, а также произвести необходимые изменения в комментарии.

G. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16, пункты 15–24)

74. После обсуждения Рабочая группа решила не формулировать какие-либо рекомендации для включения в этот раздел и не определять термин "корпоративные группы" в глоссарии, но при этом пришла к мнению о том, что некоторые изменения формулировок комментария являются необходимыми. В число аспектов, которые следует выделить и подробно рассмотреть с помощью таких изменений формулировок, входят нижеследующие вопросы. Положения законодательства, касающиеся режима корпоративных групп, представляют собой область, характеризующуюся значительной сложностью и разными правовыми подходами, причем во внутригосударственном законодательстве проявляется тенденция к отражению конкретных правовых основ соответствующего государства, что обусловливает нецелесообразность того, чтобы Рабочая группа пыталась сформулировать конкретные рекомендации в этой области. Эта тема также имеет огромное значение и должна быть рассмотрена государствами с достаточной процессуальной детализацией, с тем чтобы обеспечить определенность для третьих сторон. Альтернативы прямому регулированию корпоративных групп в делах о несостоятельности должны быть отмечены с помощью ссылки на части законодательства о несостоятельности или на положения иного законодательства, например на положения, касающиеся расторжения сделок или субординации. Было высказано предположение о том, что основной упор в комментарии следует сделать на изложении вопросов, которые ставят корпоративные группы в делах о несостоятельности, а не на том, какие меры должно предусматривать законодательство о несостоятельности для урегулирования таких проблем. В качестве еще одного вопроса было также высказано предположение о том, что в комментарий можно было бы включить полезное разъяснение того, может ли – и при каких обстоятельствах – какая-либо компания, входящая в такую группу, открыть производство по делу о несостоятельности в отношении другой компании, входящей в эту же группу.

H. Часть первая. Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)

75. Было отмечено, что Комиссия рассмотрела часть первую проекта руководства на своей тридцать шестой сессии[6] и что были предложены некоторые незначительные изменения к тексту. Было также отмечено, что содержание части первой было Комиссией одобрено в принципе.

[6] Там же, пункты 172–182.

1. Общая информация о процедурах несостоятельности (вводная часть, пункты 1–2)

76. Рабочая группа одобрила содержание этих пунктов в их нынешней формулировке.

a) Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности (пункты 3–13)

77. Рабочая группа согласилась с тем, что в начало этого раздела может быть добавлена новая цель, являющаяся по своему характеру целью более высокого уровня, чем задачи, уже изложенные в тексте в связи с законодательством о несостоятельности, и отражающая общую направленность системы несостоятельности. Было высказано предположение, что предназначение этой цели должно состоять в поощрении государств к оценке осуществления ключевых целей при использовании таких потенциальных показателей, как доступность финансирования для возобновления деятельности и реорганизация компании, оценки внутренних и международных кредитных рисков и экономические показатели функционирования отдельных секторов. Предлагались такие формулировки, как "обеспечение рыночной определенности" и "содействие экономической стабильности и росту".

78. Было высказано мнение, что обсуждаемая в пункте 9 цель могла бы быть изложена позитивным образом с помощью, например, такой альтернативной формулировки, как "сохранение имущественной массы в целях создания возможностей для справедливого распределения между кредиторами".

b) Установление баланса между ключевыми целями (пункты 14–18)

79. Было высказано мнение, что к ссылке на пример обеспечительных интересов в первом предложении пункта 16 могла бы быть добавлена сноска, в которой отмечалось бы, что в последние годы были предприняты шаги по согласованию правового регулирования обеспечительных интересов, такие как принятие Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле и Конвенции Международного института по унификации частного права (МИУЧП) о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования.

80. Рабочая группа согласилась с содержанием этого раздела в его нынешней редакции.

c) Общие черты режима несостоятельности (пункты 19–21)

81. Предложенные редакционные изменения включали, в том числе, замену слова "приостанавливаться" в подпункте 19 (f) словами "обеспечиваться в принудительном порядке или защищаться независимо от" и изменение формулировки подпункта (k), с тем чтобы он включал ссылку на более общее освобождение должника от обязательств при ликвидации. Рабочая группа согласилась с содержанием этого раздела в его нынешней формулировке.

2. Виды производства по делу о несостоятельности (вводная часть, пункты 22–25)

82. С учетом обсуждений, ранее проведенных Рабочей группой, было принято решение исключить ссылки на неофициальные процедуры из пункта 22 и из других положений проекта руководства. Рабочая группа также согласилась с необходимостью некоторого пересмотра редакции пункта 25 с тем, чтобы отразить предпочтение, отдаваемое ею реорганизации, причем этот момент должен быть в целом отражен в проекте руководства.

a) Ликвидация (пункты 26–29)

83. Рабочая группа решила исключить последнее предложение пункта 26. Было также решено добавить новый пункт, в котором упоминался бы тот факт, что в некоторых правовых системах продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы может быть осуществлена в рамках ликвидационного производства, в то время как в других правовых системах она может быть произведена только в рамках реорганизации. Было отмечено, что, согласно законодательству многих стран, ликвидация не исключает возможности передачи предприятия другим компаниям. Предложение, получившее поддержку, состояло в том, чтобы при обсуждении различных видов производства по делам о несостоятельности провести четкое различие между ликвидацией, передачей предприятия компании должника другой компании (будь то в рамках ликвидации или реорганизации) и реорганизацией компании должника с целью сохранения ее коммерческого предприятия. Предложения редакционного характера состояли в том, чтобы добавить в первое предложение пункта 26 ссылку на обеспеченных кредиторов, получающих поступления от продажи обремененных активов, и чтобы, в общем плане, в руководстве говорилось о продаже или реализации активов, а не просто об их продаже.

84. Было отмечено, что использование слова "универсальный" в пункте 27 не обязательно отражает значение общеприемлемости в текстах на всех языках и что при работе над формулировками потребуется проявить определенное внимание. Было также предложено объединить подпункты (d) и (e) пункта 27, добавив следующую связывающую формулировку: "если предприятие должника не может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы".

b) Реорганизация (пункт 30)

85. Рабочая группа решила добавить в проект руководства рекомендацию о том, что в законодательство о несостоятельности должны быть включены положения о реорганизационном производстве. Было также достигнуто согласие с тем, что при обсуждении реорганизационного производства в комментарии должно быть отражено мнение Рабочей группы о том, что реорганизационное производство в принципе отвечает интересам всех сторон.

86. Было высказано мнение о том, что с учетом предпочтения, отдаваемого Рабочей группой реорганизации, раздел, содержащий пункты 30–55, должен быть помещен перед пунктами 26–29, которые касаются ликвидационного производства. Это предложение получило поддержку.

87. Рабочая группа решила исключить список наименований реорганизационных процедур из пункта 30 и включить его в глоссарий. Предложения редакционного плана в связи с первым предложением пункта 30 предусматривали, в том числе, включение слов "компанию или не допустить крушения предприятия" после слова "сохранить" и исключение оставшейся части предложения после слова "предприятие".

i) Официальное реорганизационное производство (пункты 31–36)

88. Предложение редакционного плана состояло в том, чтобы исключить первые строки пункта 31 и начать его со слов "не все должники" во втором предложении.

ii) Неофициальные и упрощенные реорганизационные процедуры (пункты 37–55)

89. Рабочая группа согласилась с тем, что в целом нынешний текст о неофициальных процедурах следует сохранить, хотя в него и должны быть внесены некоторые конкретные редакционные изменения. Было решено включить в комментарий заявление о том, что действенность и эффективность

неофициальных процедур в качестве альтернативы официальному производству по делу о несостоятельности зависят от наличия прочных институциональных основ в соответствующем государстве, которые включали бы действенную, эффективную и прочную правовую и судебную структуру. Это заявление можно будет подкрепить перекрестной ссылкой на проводимое в проекте руководства обсуждение вопроса об институциональных рамках. В комментарии следует также четко указать, что неофициальные процедуры являются по своему характеру добровольными и договорными и что в случае, если они не приводят к успеху, должно открываться официальное производство, которое может включать применение упрощенных процедур. Было также предложено разъяснить в пунктах 53–55, что между внесудебными неофициальными процедурами и упрощенным производством при участии суда может быть проведено четкое различие. Было высказано мнение о том, что при обсуждении вопросов существа, связанных с неофициальными процедурами и упрощенным производством, в проекте руководства должно проводиться более четкое разграничение. Еще одно предложение состояло в том, чтобы в комментарии был отражен тот факт, что некоторые процедуры функционируют успешно именно в силу того, что они являются регулируемыми, а другие процедуры – в силу того, что они не регулируются.

c) Административные процедуры (пункты 56 и 57)

90. Рабочая группа согласилась с тем, что содержание пунктов 56 и 57 в их нынешней редакции является приемлемым.

d) Структура режима несостоятельности (пункты 58–64)

91. В отношении пунктов 58–64 было высказано мнение о необходимости четко установить, что данный раздел касается только официальных режимов несостоятельности и что поэтому его следует изложить в части первой ближе к началу, а также, исходя из этого, следует, возможно, сократить. Другое мнение состояло в том, что в этом разделе необходимо более четко отразить предпочтение реорганизации в тех случаях, когда предприятие является жизнеспособным.

92. К числу предложений редакционного характера относились изменение названия с тем, чтобы в нем говорилось не о структуре режима, а об организации законодательства о несостоятельности; исключение слов "Хотя ... производство" в первом предложении пункта 58; исключение слов "а также для достижения различных целей" в пункте 59; исключение слов "Если ... то" в начале пункта 60; и замена слов "быть возбуждено" словом "продолжаться" в конце пункта 61.

I. Принятие плана реорганизации категориями кредиторов (A/CN.9/530, пункт 84, и A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, рекомендации 129 и 130)

93. Было напомнено, что Рабочая группа на своей двадцать восьмой сессии отложила принятие решения относительно требования о том, чтобы все категории кредиторов утверждали план реорганизации, или относительно использования более сложной формулы, учитывающей различные очереди и интересы кредиторов. Было также напомнено о том, что рекомендации 129 и 130 проекта руководства, пересмотренные в соответствии с проведенными в Рабочей группе обсуждениями, предусматривали, во-первых, что в законодательстве о несостоятельности для случаев, когда голосование по плану проводится по категориям, следует оговорить, каким образом будут учитываться результаты голосования по каждой категории для целей принятия плана, и что в этой связи

могут быть использованы различные подходы, в том числе требования о том, что для принятия плана может быть необходимым оговоренное большинство категорий или одобрение всеми категориями, и что, во-вторых, для случаев, когда принятия всеми категориями не требуется, в законодательстве следует оговорить режим для категорий, не проголосовавших в поддержку плана, который был тем не менее принят необходимым числом категорий кредиторов.

94. После обсуждения Рабочая группа согласилась с общим содержанием рекомендаций при условии включения в комментарий некоторых разъяснений. В частности, было высказано мнение о том, что более важным по сравнению с принятием требуемым числом категорий является принятие плана требуемыми категориями, определяемыми с учетом очередности и интересов. Было высказано мнение о том, что, хотя в комментарии уже содержатся удовлетворительные пояснительные материалы, в него могут быть включены дополнительные разъяснения применительно к различным взглядам на вопрос об утверждении плана по категориям кредиторов и применительно к надлежащим защитным мерам, которые требуются для придания плану обязательной силы в отношении несогласных с ним категорий кредиторов.

J. Глоссарий (A/CN.9/WG.V/WP.67)

95. В порядке общего подхода было достигнуто согласие с тем, что в глоссарий следует включить ссылки лишь на Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и не указывать другие тексты в качестве источников приводимых материалов, хотя и было отмечено, что включение ссылок на подобные тексты в сноски может стать в некоторых отношениях полезным, поскольку это окажет помощь читателям в поисках дополнительной информации, касающейся определяемых терминов. Было принято решение о том, что в центре внимания включенных в глоссарий определений должно находиться значение соответствующих понятий в тексте руководства, а не практика использования определяемых терминов в той или иной правовой системе.

1. Замечания по терминологии (пункты 1–5)

96. Определенная обеспокоенность была высказана в связи с возможным расширением определения термина "суд" в пунктах 2 и 3 на охват административных органов по той причине, что потенциально могут возникнуть неясности в связи с административными процедурами, описываемыми в пункте 56 проекта руководства (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2). Было достигнуто согласие о необходимости включения соответствующих разъяснений.

97. Предложения о добавлении в пункт 5 дополнительных правил толкования включали разъяснение того, что использование слов "может" или "могут" и "следует" исходит из различия между разрешительным и рекомендуемым порядком, а также того, что формулировки "такие как" и "например" могут рассматриваться как синонимы формулировок "включая" и "в том числе".

2. Термины и определения

Административные требования или расходы

98. Определенная поддержка была выражена исключению из этого определения слов "которым, как правило, предоставляется приоритет над необеспеченными требованиями и" на том основании, что понятие приоритета не является существенной частью этого определения и что оно должно быть рассмотрено в главе, посвященной соответствующим вопросам. Было

предложено использовать альтернативную формулировку, в которой говорилось бы о расходах, подлежащих покрытию, а не о приоритете, который может быть за ними признан. В редакционном плане было предложено заменить слово "относятся" в третьей строке словом "включают". В ответ на предложение добавить в это определение ссылку на издержки, понесенные в связи с функционированием предприятия, когда такое функционирование разрешено продолжить, было предложено использовать более общее описание, например, формулировку "расходы в связи с продолжением функционирования должника". Было отмечено, что в дополнение к упоминанию управляющего в деле о несостоятельности в это определение могут быть также включены ссылки на должника и комитет кредиторов.

Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности

99. В число редакционных предложений входили следующие: включить слова "физические или юридические лица, такие как" или, альтернативно, "в том числе" после слова "подано"; включить в конце первого предложения формулировку "после ходатайства о возбуждении производства по делу о несостоятельности, поданного иной стороной, чем должник"; и исключить второе предложение.

Имущественная масса, не имеющая активов

100. Было выражено общее согласие с тем, что термин "имущественная масса, не имеющая активов" неточно описывает концепцию, рассматриваемую в руководстве, и что его следует заменить формулировками, содержащими ссылку на должников, которые не обладают достаточными активами. Было также принято решение о том, что обсуждение этой концепции должно ограничиваться комментарием и что ее следует исключить из глоссария.

Действия по расторжению сделок

101. Было принято решение о том, что определение "действий по расторжению сделок" может быть пересмотрено, с тем чтобы в центр внимания были поставлены существенные юридические последствия, связанные с этим термином, а соответствующие примеры обсуждались бы в комментарии. Предложения редакционного плана включали следующие: исключить ссылки на заявление об открытии производства и собственно открытие производства; добавить слова "по причинам, связанным с несостоятельностью" в конце первого предложения (с перекрестной ссылкой на другой определяемый термин – "несостоятельность"); добавить в качестве основания действий по расторжению ссылку на "коллективные интересы кредиторов или имущественной массы"; и исключить второе предложение. Было также высказано мнение о том, что это определение можно пояснить, добавив в глоссарий определения терминов "сделка по заниженной стоимости" и "кредитор". Было отмечено, что большинство из вопросов, обсуждаемых Рабочей группой, рассматриваются в рекомендации 69 проекта руководства, которая может быть использована для оказания помощи в работе над формулировками. Определенную поддержку получило предложение ограничить охват этого определения сделками, совершенными до открытия производства.

Обременительные активы

102. Рабочая группа согласилась сократить определение "обременительных активов", исключив слова "когда стоимость обеспеченного требования... активы не имеют важного значения для реорганизации". Было также поддержано предложение заменить понятие активов с отрицательной стоимостью ссылкой на активы, не имеющие стоимости, и исключить часть текста, следующую за формулировкой "невозможно продать активы". Было предложено добавить во

второй строке после слова "стоимость" слова "для имущественной массы в деле о несостоятельности".

Центр основных интересов

103. Редакционные предложения в связи с термином "центр основных интересов" включали сохранение ссылки на правила Европейского сообщества при перенесении ее, однако, в сноску.

Требование

104. Предложение об исключении слов "обеспеченное правовой санкцией" и добавлении слов "требовать от должника" после слова "право" получило поддержку. Было также предложено заменить слова "судебном решении" словом "задолженности" или же сохранить эту формулировку, добавив после нее слова "или договоре". Было также высказано мнение о том, что термину "судебное решение" следует дать определение.

Окончательный взаимозачет

105. Было принято решение исключить этот термин при том, что соответствующая информация может быть включена в определение понятия "взаимозачет", если это целесообразно.

Открытие производства

106. Что касается термина "открытие производства", то Рабочая группа согласилась сохранить вступительные слова определения и заключенный в квадратные скобки текст, сняв квадратные скобки, а также исключить слова "в некоторых ... производства". Было также высказано мнение о том, что формулировка этого определения может быть пересмотрена, с тем чтобы подчеркнуть, что открытие производства представляет собой событие, определяющее соответствующую дату, вместо того, чтобы излишне подчеркивать значение собственно даты.

Суд

107. В связи с определением термина "суд" был задан вопрос о том, необходимы ли и проводимое в пунктах 2 и 3 обсуждение, и отдельное определение. Предложение об исключении ссылки на иные компетентные органы поддержки не получило.

Механизм "навязывания"

108. Рабочая группа согласилась исключить определение этого термина из глоссария.

Комитет кредиторов

109. В связи с термином "комитет кредиторов" было решено исключить из определения три заключенные в квадратные скобки формулировки. К числу других предложений редакционного плана относились включение формулировки "в соответствии с режимом несостоятельности каждой страны" после слов "представительный орган" и исключение слов "уполномоченный ... кредиторов и".

Должник

110. Рабочая группа согласилась изменить определение этого термина, исключив как слова "включая администрацию... юридического лица", так и заключенную в квадратные скобки формулировку в конце предложения.

Освобождение от обязательств

111. Было отмечено, что, поскольку для освобождения от обязательств не всегда требуется решение суда и поскольку не всегда предоставляется освобождение от всех обязательств, эти ссылки следует исключить. Далее было предложено исключить слова "включая контракты... реорганизации". Эти предложенные изменения были поддержаны.

Отчуждение

112. Определенную поддержку получило предложение об изменении этой формулировки примерно следующим образом: "Любой способ передачи активов или интересов в активах, полностью или частично, или расставания с ними". Была отмечена необходимость в некоторых разъяснениях для обеспечения того, чтобы в проекте руководства не содержалось ссылок на отчуждение активов путем их обременения с тем, чтобы избежать создания порочного круга обратных отсылок, если обременение уже будет определено как одно из средств отчуждения.

Обремененные активы

113. Было отмечено, что для приведения текста проекта руководства в соответствие с проектом руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам термин "активы, являющиеся обеспечением", был заменен термином "обремененные активы". Было достигнуто согласие об исключении слов "будь то движимое или недвижимое", а также второго предложения и о замене слов "кредитору был предоставлен" словами "кредитором был получен".

Предприятие

114. Рабочая группа согласилась с тем, что содержание этого определения является приемлемым.

Финансовый договор

115. Было напомнено о том, что определение финансового договора обсуждалось в контексте зачета и взаимозачета, и было принято решение о том, что до завершения обсуждения этого вопроса Рабочей группой содержащееся в глоссарии определение должно быть заключено в квадратные скобки.

Функционирующая хозяйственная единица

116. Было принято решение о том, что в глоссарии должен определяться термин "продажа в качестве функционирующей хозяйственной единицы" с тем, чтобы охватить продажу или передачу предприятия в целом или его существенной части в отличие от продажи активов предприятия по отдельности.

Несостоятельность

117. Рабочая группа согласилась с тем, что в этом определении должен быть учтен стандарт открытия производства, установленный в рекомендациях, посвященных вопросам открытия производства.

Имущественная масса в деле о несостоятельности

118. Было решено исключить ту часть определения, которая следует после первого предложения и добавить слова "или находятся под его надзором" после слов "управляющим в деле о несостоятельности". Поскольку формулировка, касающаяся момента образования имущественной массы, является неточной, ее следует исключить. В связи с этим было предложено включить в глоссарий определение "активов" с тем, чтобы облегчить понимание терминов, в которых используется это слово.

Производство по делу о несостоятельности

119. После обсуждения широкую поддержку получила формулировка примерно следующего содержания: "коллективное судебное или административное производство для целей ликвидации или реорганизации предприятия должника, проводимое в соответствии с законодательством о несостоятельности".

Процедуры несостоятельности

120. Рабочая группа согласилась сохранить только первое предложение, а также, напомнив о ранее принятом решении в связи с использованием слова "процедуры", заменить определяемый термин на "добровольный механизм реструктуризации" или на "неофициальную процедуру реорганизации".

Управляющий в деле о несостоятельности

121. После обсуждения Рабочая группа согласилась с определением примерно следующего содержания: "Лицо или орган, ответственные за управление имущественной массой в деле о несостоятельности".

Принудительное производство

122. Определенная поддержка была выражена исключению терминов "принудительное" и "добровольное" производство на том основании, что они применяются только в некоторых правовых системах и могут быть заменены в проекте руководства ссылками на сторону, подающую заявление об открытии производства, например на заявление должника или кредитора. Было отмечено, что используемая терминология должна быть достаточно широкой для охвата заявлений правительственных органов, которые не являются кредиторами, или заявлений других заинтересованных сторон.

Ликвидация

123. Поддержку получило предложение принять определение примерно следующего содержания: "производство для объединения и превращения в денежные средства активов должника с целью распределения в соответствии с законодательством о несостоятельности".

Маржа, взаимозачет, соглашение о взаимозачете и зачет

124. В отношении термина "маржа" было высказано мнение о том, что для его разъяснения достаточно ссылки 5 в документе A/CN.9/WG.V/WP.68 и что включения этого определения в глоссарий не требуется, особенно поскольку речь идет о терминах, использованных в сносках. После обсуждения было решено отложить обсуждение таких терминов, как "маржа", "взаимозачет", "соглашение о взаимозачете" и "зачет", до завершения обсуждения Рабочей группой вопроса о финансовых договорах на ее следующей сессии.

Обычные коммерческие операции

125. Поддержку получило предложение определить этот термин примерно следующим образом: "передачи или сделки, соответствующие операциям коммерческого предприятия до возбуждения производства по делу о несостоятельности".

Pari passu

126. Были поддержаны предложения заменить слова "кредиторы одной категории" словами "кредиторы, находящиеся в аналогичном положении", слово "платеж" словом "удовлетворение" и слово "одинаковый" словами либо "соответствующий их очереди", либо "пропорциональный их требованию".

Формализация, обеспеченный кредитор, обеспечительный интерес

127. Было поддержано предложение пересмотреть эти определения в свете определений, включенных в проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

Последующий кредитор

128. Рабочая группа согласилась с тем, что должно быть включено определение "требования, возникшего после открытия производства", а не термина "последующий кредитор" и что если с учетом использования этого термина в проекте руководства вообще потребуется какое-либо определение, то оно должно гласить примерно следующее: "требование, возникшее из действия или бездействия после открытия производства".

Преференция

129. Со ссылкой на рекомендацию 70 (c) и преференциальные сделки в контексте процедур расторжения было высказано мнение о том, что в той мере, в которой это определение является необходимым, следует использовать терминологию рекомендации. Было также предложено указать в этом определении, что преференция возникнет в результате действий должника.

130. Было предложено включить в глоссарий определения терминов "ликвидный характер" и "неликвидный характер".

131. По причине нехватки времени Рабочая группа не завершила рассмотрение глоссария.

B. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: глоссарий: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии

(A/CN.9/WG.V/WP.67) [Подлинный текст на английском языке]

A. Замечания по терминологии, используемой в Руководстве

1. Приводимые ниже термины предназначены для того, чтобы ориентировать читателя Руководства: многие термины, например "обеспеченный кредитор", "ликвидация" и "реорганизация", могут иметь принципиально разное значение в различных правовых системах и включение в Руководство того или иного определения может способствовать обеспечению четкого и широкого понимания рассматриваемых в Руководстве понятий.

- *Ссылки в Руководстве на "суд"*

2. Руководство основывается на предположении о том, что на протяжении всего производства по делу о несостоятельности за ним осуществляется надзор со стороны суда, что может предусматривать полномочия открывать производство по делу о несостоятельности, назначать управляющего в деле о несостоятельности, осуществлять надзор за его деятельностью и принимать решения в ходе такого производства. Хотя такой надзор может быть целесообразным в качестве общего принципа, можно рассмотреть и альтернативные случаи, когда, например, суды не в состоянии осуществлять работу по делам о несостоятельности (будь то по причине отсутствия ресурсов или необходимого опыта) или когда предпочтение отдается надзору со стороны какого-либо административного органа (см. Часть вторую, главу IV.D, "Учреждения").

3. Для упрощения текста в Руководстве слово "суд" используется таким же образом, что и в статье 2(e) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, для обозначения судебного или иного органа, компетентного осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности.

- *Ссылки на "законодательство"*

4. Ссылки в Руководстве на "законодательство" являются ссылками на законодательство о несостоятельности, если не указано иного.

- *Правила толкования*

5. Использование союза "или" не предполагает исключения других вариантов; использование единственного числа не исключает множественного числа; использование слов "включает" или "включая" не предполагает указания на исчерпывающий перечень.

B. Термины и определения

Административные требования или расходы

требования, которым, как правило, предоставляется приоритет над необеспеченными требованиями и которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким, как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, работающим по найму у управляющего в деле о несостоятельности, долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций и полномочий, расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных обязательств, и расходы на производство [см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, пункт 426].

Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности

заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может быть подано должником, кредиторами или правительственным органом. Согласно некоторым законам о несостоятельности подача заявления может автоматически влечь за собой открытие производства по делу о несостоятельности; согласно другим законам суд должен определить, соблюдены ли критерии для открытия производства (такое определение иногда называется решением об открытии производства или решением о несостоятельности), прежде чем производство может быть открыто.

Имущественная масса, не имеющая активов

имущественная масса в деле о несостоятельности, которая не имеет достаточных активов для оплаты управления ею согласно законодательству о несостоятельности.

Действия по расторжению сделок

действия, позволяющие аннулировать сделки, совершенные до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или открытия такого производства, или иным образом лишать их силы. К числу сделок, которые могут быть расторгнуты, относятся сделки, направленные на задержку или воспрепятствование возможности взыскания со стороны кредиторов или на лишение их такой возможности; сделки по заниженной стоимости; преференциальные сделки; и сделки с лицами, связанными с должником.

Обременительные активы

активы, которые могут иметь отрицательную или незначительную стоимость, например, в случае, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов; когда активы не имеют важного значения для реорганизации; когда активы обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства или ответственности по выплате денежной суммы; или когда управляющему в деле о несостоятельности невозможно или практически невозможно продать активы,

например, если активы являются уникальными или не имеют очевидного рынка или очевидной рыночной стоимости.

Центр основных интересов

место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе и которое по этой причине третьи стороны могут установить в качестве такового [Правило ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 года, 13-й пункт].

Требование обеспеченное правовой санкцией право на денежные средства или на активы, которое может основываться на судебном решении, может быть на заранее оцененную или заранее неоцененную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемым или неоспариваемым, обеспеченным или необеспеченным, фиксированным или условным.

Окончательный взаимозачет

договорное положение [или, в отсутствие любого такого положения, любое установленное в законодательстве правило, которое имеет преимущественную силу по отношению к закрепленной в контракте договоренности], в силу которого при наступлении события неисполнения, будь то в результате взаимозачета, или зачета, или иным образом: i) срок исполнения обязательств сторон сокращается таким образом, что они подлежат немедленному погашению и выражаются в качестве обязательств уплатить денежную сумму, соответствующую их оценочной текущей стоимости, или же эти обязательства прекращаются и заменяются обязательством уплатить такую сумму; и/или ii) производится расчет сумм, причитающихся от каждой стороны другой стороне в отношении таких обязательств, и чистая сумма, равная сальдо, полученному при расчете, подлежит уплате стороне, которой причитается от другой стороны более крупная сумма [см. Директиву ЕС о финансовых обеспеченных механизмах (2002/47)].

Открытие производства

дата, с которой начинают действовать последствия несостоятельности [или дата, с которой вступает в силу судебное решение об открытии производства по делу о несостоятельности, независимо от того, является ли такое решение окончательным], в некоторых правовых системах называемая "возбуждением" производства.

Суд судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2(e)]. [*В определении должны быть рассмотрены вопросы о юрисдикции, как территориальной, так и по подведомственности*]

Механизм "навязывания"

механизм, который позволит использовать поддержку плана реорганизации одной категорией кредиторов для обеспечения обязательности этого плана для других категорий кредиторов без их согласия.

Комитет кредиторов

представительный орган, назначаемый [судом] [управляющим в деле о несостоятельности] [кредиторами в целом], уполномоченный действовать от имени и в интересах кредиторов и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности.

Должник физическое или юридическое лицо – включая администрацию или других лиц, контролирующих функционирование юридического лица, – которое занимается коммерческой деятельностью и которое удовлетворяет критериям для возбуждения производства по делу о несостоятельности; [или физическое или юридическое лицо, которое имеет задолженность перед каким-либо кредитором].

Освобождение от обязательств

постановление суда, освобождающее должника от всех обязательств, которые были или могли быть затронуты в ходе производства по делу о несостоятельности, включая контракты, которые были изменены в качестве части реорганизации.

Отчуждение любая передача прав собственности, будь то прямая или в порядке обеспечения [или аренды], и любое создание обеспечительного интереса, будь то посессорного или непосессорного [Гаагская конференция по международному частному праву, предварительный проект конвенции о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, держателем которых является посредник, апрель 2002 года].

Обремененные активы

активы или имущество, будь то движимое или недвижимое, в отношении которых кредитору был предоставлен обеспечительный интерес. Если обязательство не исполнено, то активы или имущество, являющиеся предметом обеспечительного интереса, могут быть изъяты или удержаны кредитором, обладающим обеспечительным интересом, или реализованы им с целью получения стоимости.

Предприятие любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2(f)].

Имущественная масса

см. имущественная масса в деле о несостоятельности

Финансовый договор

означает любую сделку–спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку–своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами, и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок [Конвенция Организации Объединенных Наций об

уступке дебиторской задолженности в международной торговле, статья 5(k)].

Функционирующая хозяйственная единица

продажа предприятия в качестве "функционирующей хозяйственной единицы" имеет место тогда, когда операции предприятия продолжаются после открытия производства по делу о несостоятельности и оно продается в качестве единой хозяйственной единицы в отличие от продажи индивидуальных активов предприятия по отдельности.

Несостоятельность

ситуация, когда должник не способен оплатить свои долги или другие обязательства по мере наступления сроков их [исполнения] [погашения] или когда общая сумма долгов и обязательств должника превышает стоимость его активов.

Имущественная масса в деле о несостоятельности

активы и права должника, которые контролируются управляющим в деле о несостоятельности и являются предметом производства по делу о несостоятельности; имущественная масса образуется при открытии производства. В нее включаются [см. главу III.A.2(a)] активы и права, в которых должник имеет интерес, будь то находящиеся во владении должника в момент открытия производства по делу о несостоятельности или нет, включая все материальные (будь то движимые или недвижимые) и нематериальные активы. [Из сноски 4 к рекомендации 27 в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, стр. 9.] Нематериальные активы могут определяться по-разному согласно внутригосударственному законодательству, но могут включать интеллектуальную собственность, коносаменты, ценные бумаги и финансовые инструменты, страховые полисы, договорные права (в том числе права в отношении имущества, находящегося в собственности третьих сторон) и право на иск, возникающее из деликта.

Производство по делу о несостоятельности

коллективное судебное или административное производство, включая временное производство, в интересах кредиторов и других лиц, ведущееся в соответствии с законодательством о несостоятельности, [при котором над активами и деловыми операциями должника осуществляется контроль или надзор судом или другим компетентным органом] [которое предполагает [частичное или полное] лишение должника прав собственника и назначение управляющего в деле о несостоятельности] для целей либо ликвидации, либо реорганизации коммерческого предприятия.

Процедуры несостоятельности

процедуры несостоятельности представляют собой неофициальные процедуры, не регулируемые законодательством о несостоятельности и предполагающие, как правило, переговоры между должником и некоторыми или всеми его кредиторами. Эти процедуры часто разрабатывались банковскими и коммерческими секторами, и они обычно предусматривают ту или иную форму реорганизации

несостоятельного должника. Эффективность этих неофициальных реорганизационных процедур, хотя они и не регулируются законодательством о несостоятельности, часто зависит от наличия этого законодательства, поскольку оно косвенным образом может создавать стимулы или убедительные доводы в пользу проведения реорганизации. Такие процедуры также называются неофициальными или внесудебными.

Управляющий в деле о несостоятельности

лицо или орган, включая лицо или орган, назначенный на временной основе, который в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочен управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций должника [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2(d)] (см. также "Временный управляющий в деле о несостоятельности"). Временный управляющий в деле о несостоятельности может назначаться судом по делам о несостоятельности в случае серьезного кризиса должника, который препятствует нормальному функционированию его коммерческого предприятия; от такого лица требуется обеспечение на временной основе продолжения коммерческой деятельности в связи с временным отстранением должника или администрации должника (возможно, в связи с реорганизацией).

Принудительное производство

производство по делу о несостоятельности, открытое по заявлению какой-либо стороны, иной, чем должник, например, кредиторов или какого-либо публичного органа.

Ликвидация процедура объединения и продажи активов должника упорядоченным и оперативным образом для распределения доходов от продажи среди кредиторов в соответствии с действующим законодательством и роспуска должника (если должник является корпорацией или иным юридическим лицом) или его освобождения от обязательств (если должник является физическим лицом) либо путем распродажи по отдельности, либо в результате реализации всех или большей части активов должника в производственных функционирующих единицах или в качестве единой хозяйственной единицы [см. Принципы и рекомендации Всемирного банка, 2001 год]. Термины на других языках, обозначающие этот вид производства, включают winding up, bankruptcy, faillite, quiebra и Konkursverfahren.

Маржа процедура направления дополнительных денежных средств или ценных бумаг на создание обеспечительного интереса для целей осуществления сделок в соответствии с договорной формулой, учитывающей колебания в рыночной стоимости договора и имеющегося обеспечения. Например, при сделке–своп, для поддержания стоимости контракта при его прекращении может потребоваться маржа в 105 процентов. Если показатель обеспеченности сокращается до 100 процентов, то может потребоваться направление средств на создание дополнительной маржи.

Взаимозачет — одной из форм может быть зачет требований (см. "зачет требований") по неденежным однородным позициям (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в одну и ту же дату, – практика, именуемая урегулированием путем взаимозачета), а более важной формой является аннулирование контрагентом открытых контрактов с должником, после чего производится зачет потерь и прибылей с обеих сторон (окончательный взаимозачет).

Соглашение о взаимозачете

соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или более из следующих действий:

i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом;

ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или

iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте (ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете. [Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5(l)].

Обычные коммерческие операции

обычный порядок и объем коммерческих операций, особенно применительно к сумме, обстоятельствам и действительности той или иной конкретной передачи.

Pari passu — принцип, в соответствии с которым кредиторам одной категории обеспечивается одинаковый режим [и они получают платежи на пропорциональной основе из общей массы активов предприятия].

Формализация — завершение любых действий, необходимых для придания силы отчуждению в отношении любых лиц, не являющихся сторонами этого отчуждения [Гаагская конференция по международному частному праву, предварительный проект конвенции о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, держателем которых является посредник, апрель 2002 года].

Последующий кредитор

кредитор, требование которого возникает после открытия производства по делу о несостоятельности.

Преференция — платежи или иные сделки, которые осуществлены или заключены несостоятельным должником и которые ставят какого-либо кредитора в лучшее положение, чем было бы в противном случае, в ущерб или во вред общей совокупности кредиторов [иные, чем платеж или сделки, осуществленные или заключенные в ходе обычных торговых операций].

Привилегированное право требования

преимущественное право, предоставленное кредиторам по финансированию после открытия производства, статус которых выше всех кредиторов, в том числе обеспеченных кредиторов.

Приоритет — преимущественное право какого-либо лица по отношению к праву другого лица и в той мере, в которой это уместно для такой цели, включает определение того, является ли это право личным или имущественным правом, является ли оно правом, обеспечивающим долг или иное обязательство, и были ли выполнены любые требования, необходимые для придания этому праву силы в отношении конкурирующего заявителя требования [Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, статья 5(g)].

Преимущественное требование

требование, подлежащее оплате за счет имеющихся активов до платежа общей массе необеспеченных кредиторов.

Правила очередности

правила, на основании которых предписывается распределение между кредиторами и акционерами.

Защита стоимости обремененных активов

меры, направленные на сохранение экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые "надлежащей защитой"). Такая защита может иметь особое значение в тех случаях, когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов или даже когда стоимость обремененных активов, превышает сумму обеспеченного требования, но стоимость обремененных активов уменьшается и в конечном счете может быть недостаточной для удовлетворения обеспеченного требования. Такое уменьшение стоимости может затрагиваться применением моратория по отношению к обеспеченным кредиторам и использованием обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности (см. рекомендацию 42). Надлежащая защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления альтернативного или дополнительного обеспечения или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту. В случае, когда стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного требования и ее сокращение маловероятно, необходимости в защите может и не возникнуть.

Лицо, связанное с должником

лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, в том числе руководитель или служащий какого-либо юридического лица, акционер или партнер такого юридического лица, руководитель или служащий, или акционер какого-либо юридического лица, состоящий в родстве с должником, в том числе любой родственник такого лица; "родственник" лица, связанного с должником, означает супруга или супругу, родителей, бабушку

и дедушку, сына, дочь, брата или сестру лица, связанного с должником.

Реорганизация — процедура, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Другие термины, обозначающие этот вид производства, включают санацию, реструктуризацию, рационализацию, оздоровление, согласование, мировое соглашение rescue, restructuring, turnaround, rehabilitation, arrangement, composition, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas и Vergleichsverfahren.

План реорганизации — план, с помощью которого финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены. Законодательство о несостоятельности может предусматривать, чтобы такой план представлялся различными сторонами (должником, кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности), и может требовать подтверждения этого плана судом после его одобрения требуемым числом кредиторов. В этом плане могут рассматриваться такие вопросы, как график осуществления процедуры, принимаемые обязательства, условия платежа и обеспечение, предоставляемое кредиторам, действия по расторжению сделок и режим в отношении неисполненных контрактов, включая контракты найма.

Удержание правового титула (финансирование правового титула) — положение договора поставки товаров, которое направлено на резервирование права собственности поставщика на товар до его уплаты покупной цены.

Обеспеченное требование — требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принимаемым в качестве гарантии по долгу, и которое может быть взыскано в случае неисполнения со стороны должника при наступлении срока погашения долга.

Обеспеченный кредитор — кредитор, являющийся держателем либо обеспечительного интереса, который полностью или частично охватывает активы должника, либо обеспечительного интереса в конкретных активах, предоставляющего кредитору приоритет по сравнению с другими кредиторами в отношении активов, служащих обеспечением.

Обеспеченный долг — [совокупная сумма обеспеченных требований] или [требования обеспеченных кредиторов].

Обеспечительный интерес

предоставленное какой-либо стороной право или интерес, обязывающий эту сторону произвести платеж или исполнить обязательство. Независимо от того, был ли обеспечительный интерес создан добровольно по соглашению или принудительно в силу закона, такой обеспечительный интерес, как правило, включает ипотечный залог, ручной залог, обременение и право удержания, но не ограничивается ими [Принципы и рекомендации Всемирного банка, 2001 год]; ср. "ценные бумаги" означают любые акции, облигации или другие финансовые инструменты или активы (кроме денежной наличности), или интерес в них [Гаагская конференция по международному частному праву, предварительный проект конвенции о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, держателем которых является посредник, апрель 2002 года].

Зачет требований

ситуация, когда требование в отношении определенной денежной суммы, причитающейся определенному лицу, "зачитывается" (погашается) против требования другой стороны в отношении определенной денежной суммы, причитающейся с этого первого лица. Зачет требований может, полностью или частично, применяться в качестве возражения в отношении требования выплаты определенной денежной суммы.

Платеж в порядке расчета

[будет дополнено]

Государственное предприятие

[будет дополнено]

Мораторий на процессуальные действия

мера, которая предотвращает возбуждение – или приостанавливает продолжение – судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав или обязательств должника, включая формализацию или принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; и 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 (рекомендация 35).

Суперприоритет

приоритет, который имеет своим результатом производство платежей по требованиям, к которым относится суперприоритет, до платежей по административным требованиям.

Подозрительный период

период, к которому относятся некоторые сделки, которые могут подлежать расторжению. Этот период обычно рассчитывается ретроактивно от даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или от даты открытия этого производства.

Необеспеченный кредитор

любой кредитор, который не обладает обеспечением, или любой обычный кредитор, который не имеет преимущественных прав.

Необеспеченный долг

совокупная сумма требований, не подкрепляемых обеспечением.

Добровольные процедуры

производство по делу о несостоятельности, открытое по заявлению должника.

C. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии:

(A/CN.9/WG.V/WP.68) [Подлинный текст на английском языке]

1. Приводимые ниже пункты и рекомендации были выработаны по инициативе Международного валютного фонда в сотрудничестве с группой экспертов по итогам обсуждения Рабочей группой на ее 28-й сессии (Нью–Йорк, 24-28 февраля 2003 года) вопросов зачета, а также финансовых контрактов и взаимозачета. Цель этих пересмотренных пунктов состоит в том, чтобы четко разъяснить соответствующие концепции и вопросы, возникающие в связи с правами на зачет, а также финансовыми контрактами и взаимозачетом, что затем нашло свое отражение в рекомендациях.

2. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в раздел, содержащий комментарии, каких-либо дополнительных материалов пояснительного характера. Вопросы, поставленные в докладе о работе 28-й сессии Рабочей группы, отражены в документе A/CN.9/530, пункты 26-37, а предварительный проект этого раздела приводится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, пункты 190-202.

3. Нижеследующие пункты будут включены в часть вторую, глава III, "Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности" проекта руководства для законодательных органов после раздела, касающегося расторжения сделок.

F. Права на зачет

189. Предусмотренная в законодательстве о несостоятельности реализация прав на зачет взаимных обязательств, возникших в результате сделок или действий должника, совершенных до открытия производства по делу о несостоятельности, имеет важное значение не только потому, что это необходимо для обеспечения коммерческой предсказуемости и наличия кредита, но и потому, что таким образом можно предотвратить целенаправленное злоупотребление процедурами несостоятельности. По этой причине в законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть защиту таких прав на зачет.

190. В правовых системах большинства стран права на зачет не затрагиваются меморандумом, вводимым при наступлении несостоятельности, и они могут быть реализованы после открытия производства по делу о несостоятельности, независимо от того, возникают ли взаимные обязательства по какому-либо одному контракту или по ряду контрактов, и независимо от того, наступает ли срок платежей по взаимным обязательствам до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах проводится следующее различие: после открытия производства по делу о несостоятельности разрешается производить зачет обязательств, срок погашения которых наступил до открытия такого производства, однако зачет обязательств, срок погашения которых наступил после начала производства по делу о несостоятельности, ограничивается или запрещается.

191. Альтернативный подход предусматривает сохранение прав на зачет независимо от того, когда наступает срок погашения взаимных обязательств: до или после открытия производства по делу о несостоятельности, но при этом действие моратория распространяется на реализацию этих прав точно так же, как этот мораторий применяется к осуществлению прав обеспеченных кредиторов. В системах, в которых используется этот альтернативный подход, кредитор считается обладающим обеспеченным требованием в объеме своих действительных, но нереализованных прав на зачет, и эти права пользуются такой же защитой, как и обеспечительные интересы[1].

192. Законодательство о несостоятельности почти всегда содержит положения, которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности принимать меры для того, чтобы избежать последствий определенных действий кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, имеющих своей целью расширить свои права на зачет (например, приобретения требований со скидкой с целью создать права на зачет). Характер и сфера действия таких положений могут быть различными.

193. Права на зачет часто возникают при расторжении таких многочисленных открытых договоров, как финансовые контракты. Поэтому режим прав на зачет при наступлении несостоятельности связан с режимом таких контрактов по законодательству о несостоятельности. В случае, если законодательство о несостоятельности не допускает свободного расторжения договоров или вводит мораторий, запрет или другие ограничения в отношении реализации прав на зачет, необходимо бывает предусмотреть исключения, которые соответствующим образом распространялись бы на такие категории договоров, как финансовые контракты, с тем чтобы подобные ограничения к ним не применялись. Желательно, чтобы исключения в отношении этих категорий контрактов распространялись и на положения о расторжении сделок, которые могут применяться к финансовым контрактам, и на любые препятствия, которые могут ограничивать применение обеспечения в отношении неисполненных обязательств по финансовым контрактам, сохранившихся после завершения зачетов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся зачета, заключается в следующем:

a) обеспечить определенность в отношении последствий открытия производства по делу о несостоятельности для реализации прав на зачет;

b) указать виды обязательств, которые могут зачитываться после открытия производства по делу о несостоятельности;

c) конкретизировать последствия других положений законодательства (например, положений, касающихся расторжения сделок и моратория) для реализации прав на зачет.

Содержание законодательных положений

[(82) Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, которое было правомерно

[1] См. Часть вторую, главу III.B.8.

реализовано до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок.][2]

G. Финансовые контракты и взаимозачет

194. Финансовые контракты стали важной составляющей международных рынков капитала. Они, среди прочего, способствуют расширению наличия кредита и являются важным средством страхования от изменений обменного курса, процентных ставок и других рыночных колебаний. С учетом структуры и документального оформления таких сделок чрезвычайно важно обеспечить определенность в отношении того, что произойдет, когда одна из сторон таких контрактов не исполняет обязательств, в том числе по причинам несостоятельности.

195. Финансовые контракты включают, среди прочего, операции с ценными бумагами, товарные соглашения, форвардные контракты, опционы, свопы, соглашения о выкупе ценных бумаг, генеральные соглашения о взаимозачете и другие аналогичные контракты. Должники зачастую заключают многочисленные финансовые контракты с каким-либо одним контрагентом в рамках операций одной цепи, и наличие кредита для них расширяется, если права по этим контрактам имеют полную исковую силу в соответствии с их условиями, что позволяет контрагентам время от времени предоставлять кредиты на основе *чистой суммы обязательств* после учета стоимости всех "открытых" контрактов.

196. После открытия процедуры по делу о несостоятельности контрагенты стремятся "закрыть" открытые позиции и произвести "взаимозачет" всех обязательств, возникших по финансовым контрактам с должником. "Взаимозачет при закрытии" включает два этапа: сначала в результате открытия производства по делу о несостоятельности расторгаются (закрываются) все открытые контракты, а затем на совокупной основе производится зачет (взаимозачет) всех обязательств, возникших при расторжении сделок.

197. Разрешение производить "взаимозачет при закрытии" после открытия производства по делу о несостоятельности является важным фактором уменьшения системных рисков, которые могут представлять угрозу стабильности финансовых рынков. Стоимость финансового контракта или сумма обязательств по нему может ежедневно (а иногда и ежечасно) существенно меняться в зависимости от конъюнктуры финансовых рынков. Т.е. стоимость таких контрактов весьма переменчива. Как правило, контрагенты уменьшают или страхуют риски, связанные с такими контрактами, заключая с третьими сторонами одну или несколько "зеркальных" сделок или договоров "хеджирования", стоимость которых колеблется с обратной амплитудой по отношению к стоимости контракта должника[3].

198. Независимо от того, исполняет ли должник свой контракт с контрагентом, контрагент должен исполнять контракт хеджирования, который он заключил с третьими сторонами. Если должник становится несостоятельным и не может исполнять свой контракт с контрагентом, контрагент оказывается подверженным риску рыночных колебаний в силу того, что страховые позиции контрагента уже "не прикрыты" его контрактом с должником. В подобных обстоятельствах контрагент, как правило, стремится "обеспечить покрытие" контрактов хеджирования путем заключения одного или нескольких новых контрактов, с

[2] Решение Рабочей группы, принятое на ее двадцать восьмой сессии, см. документ A/CN.9/530, пункт 33.

[3] Ссылка на "контракт" в настоящем разделе подразумевает возможность заключения одного или нескольких контрактов.

тем чтобы ослабить свою подверженность рискам будущих рыночных колебаний. В то же время контрагент может обеспечивать такое покрытие лишь с того момента, когда он с определенностью установит, что от него не требуется исполнять его контракт с должником. Контрагент полагается на возможность "закрытия" контракта с должником, что позволяет ему обеспечить быстрое "прикрытие" после начала производства по делу о несостоятельности.

199. В случае невозможности произвести "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств по неисполняемым контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности, как это было указано выше, неисполнение должником его контракта (или его решения исполнять выгодные и не исполнять невыгодные контракты) может привести к тому, что контрагент будет не в состоянии исполнять свои соответствующие контракты хеджирования с другими участниками рынка. Несостоятельность влиятельного участника рынка может привести к серии неисполнений обязательств по зеркальным сделкам, что потенциально может затронуть других участников рынка, находящихся в неблагополучном финансовом положении, и в худшем случае привести к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения. Этот эффект "домино" часто называют "системным риском" и приводят в качестве весомого стратегического довода в пользу обеспечения максимальной предсказуемости результатов и уменьшения риска для участников рынка в этой области.

200. Дополнительные системные риски могут возникнуть из опасений в отношении окончательного характера платежей и расчетов по финансовым контрактам, которые производятся в центральных расчетных системах. В этих системах используются методы двустороннего или многостороннего взаимозачета. Чтобы предотвратить системный риск, необходимо обеспечить признание и защиту принципа взаимозачета обязательств по финансовым контрактам с использованием этих систем, а также окончательного характера урегулирования и расчетов, произведенных с помощью этих систем, в случае наступления несостоятельности одного из участников системы.

201. Во многих странах применение норм общего режима несостоятельности позволит обеспечить исполнение финансовых контрактов в соответствии с их условиями после открытия производства по делу о несостоятельности посредством вступления в силу положений о расторжении договоров в случае несостоятельности (см. часть вторую, главу III.D.2 и рекомендацию (53)) и посредством разрешения зачета обязательств, независимо от того, основывается ли требование о расторжении на положении об автоматическом расторжении договора или же оно возникает до открытия производства по делу о несостоятельности. Правовые системы других стран, содержащие положения о несостоятельности, которые ограничивают действие оговорок об автоматическом расторжении договоров или приостанавливают или ограничивают реализацию прав на зачет и применение кредиторами других средств защиты, требуют, чтобы в их законодательстве о несостоятельности были предусмотрены конкретные исключения, допускающие полную реализацию средств защиты в отношении финансовых контрактов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положения о взаимозачете и зачете в контексте финансовых сделок заключается в следующем:

a) обеспечить определенность в отношении прав сторон финансовых контракта, когда одна из этих сторон не исполняет контракт по причинам несостоятельности;

b) ослабить системные риски, которые могут создавать угрозу стабильности финансовых рынков.

Содержание законодательных положений

(83) Законодательство должно признавать связанные с финансовыми контрактами права на расторжение договоров, которые позволяют расторгать эти контракты и производить зачет и взаимозачет невыполненных обязательств по этим контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает мораторий на расторжение договоров или ограничивает принудительное исполнение положений об автоматическом расторжении сделок при открытии производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на финансовые контракты[4].

(84) После того, как контрагентом расторгнуты финансовые контракты с должником, контрагенту следует разрешить произвести зачет или взаимозачет обязательств по этим расторгнутым финансовым контрактам, с тем чтобы установить чистую сумму обязательств должника. Такое расторжение контрактов и зачет в целях установления чистой суммы обязательств следует разрешить независимо от того, происходит ли такое расторжение контрактов до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает ограничения или мораторий на реализацию прав на зачет после открытия производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на зачет и взаимозачет обязательств по финансовым контрактам.

(85) После расторжения финансовых контрактов с должником контрагентам следует разрешить произвести принудительное исполнение и применение своего обеспечительного интереса в отношении обязательств, вытекающих из финансовых контрактов. На финансовые контракты не должно распространяться действие моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении принудительного исполнения обеспечительного интереса.

(86) На обычные предшествующие банкротству трансферты, которые соответствуют рыночной практике, как, например, установление маржи [для покрытия потенциального риска] в отношении финансовых контрактов[5]. и трансферты в порядке урегулирования обязательств по финансовым контрактам[6], не следует распространять действия применимых положений

---

[4] Это даст возможность участникам рынка предоставлять кредиты на основе "чистых" позиций и не позволит должнику "снимать сливки", исполняя одни контракты и нарушая другие, что особенно важно в случае финансовых контрактов, учитывая связанный с ними системный риск.

[5] Установление маржи представляет собой процесс использования дополнительной наличности или ценных бумаг в качестве обеспечения сделок в соответствии с договорной формулой, которая учитывает колебания рыночной стоимости контракта и существующего обеспечения. Например, в случае свопа может потребоваться маржа в размере 105 процентов для сохранения стоимости контракта на случай его расторжения. Если обеспечительная позиция понижается до 100 процентов, то может потребоваться установление дополнительной маржи.

[6] Установление маржи представляет собой процесс использования дополнительной наличности или ценных бумаг в качестве обеспечения сделок в соответствии с договорной формулой, которая учитывает колебания рыночной стоимости контракта и существующего

законодательства о несостоятельности, касающихся расторжения сделок [без ущерба для правил, касающихся мошеннических сделок].

(87) Законодательство должно признавать и охранять окончательный характер взаимозачета, зачета и урегулирования обязательств по финансовым контрактам в рамках [многосторонних] систем платежей и расчетов [по сделкам с ценными бумагами] при наступлении несостоятельности одного из участников этой системы.

(88) Рекомендации (83) – (87) применяются ко всем сделкам, которые считаются "финансовыми контрактами", независимо от того, является ли один из контрагентов финансовым учреждением[7]

(89) Финансовые контракты должны быть определены достаточно широко, чтобы это определение охватывало существующее разнообразие финансовых контрактов и распространялось на новые виды финансовых контрактов, по мере их появления.

обеспечения. Например, в случае свопа может потребоваться маржа в размере 105 процентов для сохранения стоимости контракта на случай его расторжения. Если обеспечительная позиция понижается до 100 процентов, то может потребоваться установление дополнительной маржи.

[7] Если одной из сторон какого-либо конкретного финансового контракта не является финансовое учреждение, то несостоятельность какого-либо контрагента может повлечь за собой системный риск.

D. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее тридцатой сессии (Нью-Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года)

(A/CN.9/551) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение: резюме предыдущих обсуждений Рабочей группы	1–12
II.	Организация сессии	13–19
III.	Резюме обсуждения и решений	20–23
IV.	Обсуждения и решения Рабочей группы	24–164
	A. Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.72)	24–32
	B. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть вторая (A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II)	33–109
	1. Часть вторая. Глава I. Подача заявления и открытие производства	34–39
	2. Часть вторая. Глава II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности	40–78
	a) Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности	40–42
	b) Защита и сохранение имущественной массы	43–45
	c) Использование активов и распоряжение ими	46–58
	d) Финансирование после открытия производства	59–61
	e) Режим контрактов	62–68
	f) Процедура расторжения сделок	69–75
	g) Зачет, финансовые контракты и взаимозачет	76–78
	3. Часть вторая. Глава III. Участники	79–87
	a) Должник	79–80
	b) Управляющий в деле о несостоятельности	81–83
	c) Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	84–86
	d) Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование	87
	4. Часть вторая. Глава IV. Реорганизация	88–99
	a) План реорганизации	88–93
	b) Ускоренное реорганизационное производство	94–99

5. Часть вторая. Глава V. Ведение производства 100–106
a) Требования кредиторов 100–103
b) Приоритеты и распределение 104
c) Корпоративные группы 105–106
6. Завершение производства 107–164
a) Освобождение от обязательств 107–108
b) Завершение производства 109
C. Проект Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть первая 110–116
D. Глоссарий 117–164

I. Введение: резюме предыдущих обсуждений Рабочей группы

1. Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) на ее тридцать второй сессии в 1999 году было представлено предложение Австралии о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности (A/CN.9/462/Add.1). В этом предложении излагалось мнение о том, что Комиссия вследствие универсальности ее членского состава, предшествующей успешной работы по теме трансграничной несостоятельности и установившихся рабочих связей с международными организациями, обладающими специальным опытом и заинтересованностью в разработке законодательства о несостоятельности, представляет собой надлежащий форум для обсуждения вопросов, касающихся законодательства о несостоятельности. В этом предложении был высказан настоятельный призыв к Комиссии рассмотреть вопрос о том, чтобы поручить одной из рабочих групп разработку типового закона о несостоятельности юридических лиц с целью поощрения и содействия установлению эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

2. В Комиссии прозвучало признание важности того, чтобы все страны имели прочные режимы несостоятельности. Было высказано мнение о том, что принятый в той или иной стране режим несостоятельности в настоящее время является "первостепенным" фактором определения международного кредитного рейтинга этой страны. Вместе с тем была выражена обеспокоенность по поводу трудностей, связанных с работой в области законодательства о несостоятельности на международном уровне, в ходе которой приходится сталкиваться со сложными и потенциально не согласующимися социально–политическими преференциями. С учетом этих трудностей было выражено опасение, что эта работа может и не увенчаться успехом. Было указано, что разработать универсально приемлемый типовой закон, по всей видимости, не удастся и что любая работа нуждается в гибком подходе, который предоставлял бы государствам возможность выбора вариантов и принципов. Хотя в Комиссии прозвучали голоса в поддержку такого гибкого подхода, в целом было признано, что Комиссия не может принять окончательного решения о том, чтобы учредить рабочую группу для подготовки типового закона или иного текста, не изучив предварительно работу, уже проделанную другими организациями, и не проведя рассмотрения соответствующих вопросов.

3. Для содействия дальнейшему изучению этого вопроса Комиссия решила провести одну сессию рабочей группы с целью подготовки предложения в отношении практической возможности проведения этой работы, которое должно было быть рассмотрено Комиссией на ее тридцать третьей сессии. Эта сессия Рабочей группы была проведена в Вене 6–17 декабря 1999 года.

4. На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия приняла к сведению рекомендацию, которую Рабочая группа вынесла в своем докладе (A/CN.9/469, пункт 140), и предоставила Группе мандат на подготовку всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик надежного режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая рассмотрение внесудебной реструктуризации, а также руководства для законодательных органов, предусматривающего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, в том числе обсуждение возможных альтернативных подходов, а также их предполагаемых преимуществ и недостатков[1].

5. Было решено, что при выполнении своей задачи Рабочая группа должна учитывать работу, которая ведется или была проведена другими организациями, в том числе Всемирным банком, Международным валютным фондом (МВФ), Азиатским банком развития (АБР), Международной федерацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ Интернэшнл) и Комитетом J Секции коммерческого права Международной ассоциации адвокатов (МАА). Для выяснения мнений и использования специального опыта этих организаций Секретариат организовал в сотрудничестве с ИНСОЛ и МАА глобальный коллоквиум ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ/МАА по вопросам несостоятельности в Вене 4–6 декабря 2000 года.

6. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела доклад о работе этого коллоквиума (A/CN.9/495).

7. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и высоко оценила работу, проделанную до того момента, в частности проведение глобального коллоквиума по вопросам несостоятельности, а также усилия по обеспечению координации с работой, проводимой другими международными организациями в области законодательства о несостоятельности. Комиссия обсудила рекомендации коллоквиума, особенно в отношении формы, которую может принять будущая работа, и толкования мандата, предоставленного Рабочей группе Комиссией на ее тридцать третьей сессии. Комиссия подтвердила, что этот мандат следует толковать широко для обеспечения подготовки надлежащим образом гибкого документа, который должен принять форму руководства для законодательных органов. Комиссия предложила Рабочей группе учитывать необходимость обеспечения максимально возможной конкретности в работе, с тем чтобы избежать подготовки такого руководства для законодательных органов, которое имело бы слишком общий характер и являлось бы слишком абстрактным для того, чтобы обеспечить требуемые ориентиры. С этой целью было предложено включить, насколько это возможно, типовые законодательные положения, даже если в них будут затрагиваться лишь некоторые из вопросов, подлежащих рассмотрению в руководстве[2].

8. Рабочая группа по законодательству о несостоятельности приступила к этой работе на своей двадцать четвертой сессии (Нью–Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года), начав с рассмотрения первого проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/504. Эта работа

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 400–409.

[2] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 296–308.

была продолжена на двадцать пятой (Вена, 3–14 декабря 2001 года), двадцать шестой (Нью–Йорк, 13–17 мая 2002 года) и двадцать седьмой (Вена, 9–13 декабря 2002 года) сессиях Рабочей группы. Доклады о работе этих сессий содержатся в документах A/CN.9/507, A/CN.9/511 и A/CN.9/529, соответственно.

9. На своей двадцать седьмой сессии в ответ на высказанную на тридцать пятой сессии Комиссии в 2002 году просьбу о том, чтобы Рабочая группа вынесла рекомендацию в отношении завершения своей работы[3], Рабочая группа подчеркнула необходимость завершения подготовки руководства как можно скорее и рекомендовала, что, хотя проект руководства может и не быть готовым для окончательного принятия Комиссией в 2003 году, тем не менее такой проект должен быть представлен Комиссии в 2003 году для предварительного рассмотрения и оценки основополагающих принципов, на которых основывается руководство для законодательных органов. Такой подход способствовал бы использованию руководства для законодательных органов в качестве справочного материала до его окончательного принятия в 2004 году и предоставил бы тем странам, которые не участвовали в его разработке в Рабочей группе, возможность рассмотреть ход подготовки этого руководства. Было отмечено, что Рабочей группе может потребоваться провести еще одну сессию во второй половине 2003 года и, кроме того, возможно, даже в первой половине 2004 года с целью уточнения текста руководства для его окончательного принятия.

10. На своей двадцать восьмой сессии (Нью–Йорк, 24–28 февраля 2003 года) Рабочая группа приняла рекомендацию Комиссии о том, что: "После пяти сессий (за период между июлем 2001 года и февралем 2003 года), на которых были проведены обширные исследования, анализ и обсуждения, Рабочая группа доводит до сведения Комиссии, что она завершила обзор основных существенных положений проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (как он содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add. 1–17) и рекомендует Комиссии следующее:

> "1. одобрить объем работы, проделанной Рабочей группой, как отвечающей предоставленному Рабочей группе мандату на подготовку "всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик надежного режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая рассмотрение внесудебной реструктуризации, а также руководства для законодательных органов, предусматривающего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, в том числе обсуждение возможных альтернативных подходов, а также их предполагаемых преимуществ и недостатков";
>
> 2. одобрить в предварительном порядке ключевые цели, общие черты и структуру режимов несостоятельности, как они изложены во вступительных главах Части первой руководства для законодательных органов;
>
> 3. поручить Секретариату распространить нынешний проект руководства для законодательных органов среди всех государств – членов Организации Объединенных Наций, соответствующих межправительственных и неправительственных организаций, а также частного сектора и региональных организаций для представления замечаний;
>
> 4. продолжить работу в сотрудничестве со Всемирным банком и другими организациями, действующими в области реформы

[3] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 194.

законодательства о несостоятельности, для обеспечения взаимодополняемости и недопущения дублирования, и учитывать работу, проводимую Рабочей группой VI по обеспеченным сделкам; и

5. поручить Рабочей группе завершить ее работу над руководством для законодательных органов и представить его Комиссии в 2004 году для одобрения и принятия"[4].

11. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия рассмотрела проект руководства для законодательных органов и приняла решение о его одобрении в принципе, при условии его окончательной доработки в соответствии с ключевыми целями. Комиссия просила Секретариат как можно скорее предоставить проект руководства для законодательных органов в распоряжение государств–членов, соответствующих межправительственных и неправительственных международных организаций, а также организаций частного сектора и региональных организаций и отдельных специалистов для представления замечаний и представить его Комиссии в 2004 году для одобрения и принятия[5].

12. Работа над проектом руководства для законодательных органов была продолжена на двадцать девятой сессии Рабочей группы (Вена, 1–5 сентября 2003 года). Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/542.

II. Организация сессии

13. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства –члены Комиссии, провела свою тридцатую сессию в Нью-Йорке 29 марта – 2 апреля 2004 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Буркина-Фасо, Германии, Индии, Испании, Италии, Камеруна, Канады, Китая, Колумбии, Мексики, Румынии, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

14. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Беларуси, Венесуэлы, Вьетнама, Дании, Ирландии, Катара, Кубы, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Монголии, Нигерии, Нидерландов, Республики Корея, Саудовской Аравии, Святейшего Престола, Сербии и Черногории, Турции, Чешской Республики, Филиппин, Хорватии, Швейцарии и Южной Африки.

15. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд (МВФ) и Всемирный банк; b) межправительственные организации: Афро–азиатская консультативно–правовая организация, Азиатский банк развития, Гаагская конференция по международному частному праву, Международная ассоциация регулирования вопросов несостоятельности (МАРН); c) неправительственные организации: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов (АФА), Центр международных юридических исследований (ЦМЮИ), Научно–исследовательский центр по унификации права стран Африки (КРЕДО), Европейская ассоциация студентов–юристов, Научно–исследовательская группа

[4] A/CN.9/530, пункт 18.

[5] Полный текст, отражающий проведенное Комиссией обсуждение и принятое ею решение, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 172–179.

по вопросам несостоятельности и ее предотвращения (ГРИП–21), Международная федерация ИНСОЛ, Международная ассоциация адвокатов (МАА), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Институт международного права (ИМП), Международная рабочая группа по европейскому законодательству о несостоятельности и Международный союз адвокатов.

16. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Визит ВИЗИТСОРА–АТ (Таиланд)

Докладчик: г-н Хорхе ПИНСОН САНЧЕС (Колумбия).

17. Рабочей группе были представлены проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.70, части I и II) и записка Секретариата "Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности" (A/CN.9/WG.V/WP.72).

18. В распоряжении Рабочей группы имелись следующие справочные материалы: "Возможная будущая работа в области законодательства о несостоятельности: записка Секретариата" (A/CN.9/WG.V/WP.50); доклады Генерального секретаря A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1-2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58, A/CN.9/WG.V/WP.59 и A/CN.9/WG.V/WP.61 и Add.1; доклад о работе Глобального коллоквиума ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ/МАА по вопросам несостоятельности (2000 год) (A/CN.9/495); доклады ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать четвертой (2001 год) (A/56/17), тридцать пятой (2002 год) (A/57/17) и тридцать шестой (2003 год) (A/58/17) сессий; доклады Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее двадцать второй (декабрь 1999 года) (A/CN.9/469), двадцать четвертой (июль/август 2001 года) (A/CN.9/504), двадцать пятой (декабрь 2001 года) (A/CN.9/507); двадцать шестой (май 2002 года) (A/CN.9/511), двадцать седьмой (декабрь 2002 года) (A/CN.9/529), двадцать восьмой (февраль 2003 года) (A/CN.9/530) и двадцать девятой (сентябрь 2003 года) (A/CN.9/542) сессий.

19. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Составление расписания заседаний
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

III. Резюме обсуждений и решений

20. Рабочая группа рассмотрела проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, начав с применимого права, регулирующего производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.72), затем документ A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II и, в заключение, часть I. По причине нехватки времени Рабочая группа не завершила рассмотрения глоссария, закончив свои обсуждения на термине "лицо, связанное с должником". Ход обсуждения и принятые Рабочей группой решения в связи с различными рассмотренными документами излагаются ниже. Рабочей группе было сообщено об обсуждениях, состоявшихся на сессии, проведенной

совместно с Рабочей группой VI (26 марта 2004 года), и о согласованных выводах. Содержание пунктов комментария и рекомендаций, которые в настоящем докладе прямо не упоминаются, было в целом сочтено приемлемым Рабочей группой. Завершив обсуждения существенных частей руководства, Рабочая группа пришла к мнению, что для окончательной доработки и принятия проекта руководства на тридцать седьмой сессии Комиссии будет достаточно примерно 5–6 дней.

21. "Было напомнено, что в ходе своей двадцать девятой сессии Рабочая группа рассмотрела ряд вопросов, касающихся координации и согласования проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с Принципами и рекомендациями Всемирного банка в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов. Рабочая группа приняла к сведению предложение совместно опубликовать Принципы Всемирного банка и окончательный текст руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с целью подготовки унифицированного стандарта по вопросам несостоятельности и прав кредиторов. Такая совместная публикация будет включать:

i. раздел по юридическим основам несостоятельности, объединяющий Принципы Всемирного банка и руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (рекомендации по законодательным вопросам и комментарий). В этот раздел могут быть также включены дополнительные комментарии, подготовленные Банком, если эти дополнительные комментарии a) будут касаться вопросов, не охваченных комментарием ЮНСИТРАЛ; b) не будут противоречить последнему; и c) будут содержать материалы, очевидно являющиеся ценными для рассмотрения соответствующих вопросов. Необходимо избегать создания любого впечатления о том, будто бы такой комментарий является "параллельным";

ii. раздел по институциональным и регулятивным рамкам, управлению рисками и неформальному урегулированию. Этот раздел будет в основном включать соответствующие части Принципов Всемирного банка вместе с касающимися их рекомендациями по законодательным вопросам и комментарием, подготовкой которых занимаются в настоящее время сотрудники Банка, причем подход, описанный в подпункте (i) выше, должен использоваться и в связи с теми подразделами (в основном по ряду вопросов, касающихся регулятивных рамок), применительно к которым рекомендации по законодательным вопросам и комментарий подготовила ЮНСИТРАЛ;

iii. раздел по правам кредиторов и вопросам принудительного исполнения, который будет включать соответствующие разделы Принципов Всемирного банка и касающиеся их рекомендации и комментарий (подготовленные Банком). В случае подраздела (подразделов), в котором (которых) рассматриваются вопросы обеспеченных сделок, в унифицированном стандарте будет четко указано, что в настоящее время стандарт в этой области, в отличие от других областей, им охватываемых, включает только применимые Принципы Всемирного банка и что полностью этот стандарт будет завершен на более позднем этапе за счет включения содержания руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, после того, как работа над ним будет завершена ЮНСИТРАЛ в 2005 или 2006 годах.

22. Было отмечено, что до окончательного завершения работы над совместной публикацией Председатель Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности совместно с группой экспертов и Секретариатом Комиссии

будет поддерживать связь со Всемирным банком с целью обеспечения устранения любых потенциальных несоответствий между руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов и Принципами Всемирного банка.

23. Рабочая группа поддержала это предложение, приветствовала координацию работы трех организаций и подготовку совместной публикации, которая внесет важный вклад в реформы в области законодательства о несостоятельности.

IV. Обсуждения и решения Рабочей группы

A. Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.72)

24. Рабочая группа приняла к сведению, что Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) на ее пятой сессии (22–25 марта 2004 года) сочла принципы, содержащиеся в нынешнем тексте документа A/CN.9/WG.V/WP.72, в целом приемлемыми (см. A/CN.9/550, пункт 34). В частности, было выражено согласие с тем, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно прекращать действие общих действовавших до наступления несостоятельности коллизионных норм, применимых к вопросам создания и силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон. Было также достигнуто согласие о том, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно прекращать действие права, применимого к вопросам приоритета обеспечительных прав, кроме как в той мере, в которой это прямо предусматривается в законодательстве о несостоятельности. В то же время было также решено, что открытие производства может прекратить действие норм, применимых к принудительной реализации обеспечительных интересов, поскольку вопросы принудительного исполнения должны регулироваться законом государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности.

Положение о целях

25. Что касается посвященного изложению целей раздела рекомендаций, содержащихся в документе A/CN.9/WG.V/WP.72, то было высказано мнение о том, что еще одной целью положений о применимом праве в рамках производства по делу о несостоятельности является максимальное повышение стоимости активов, а не урегулирование споров между должником и его кредиторами. Утверждалось, что этот момент является важным, поскольку выбор "удобного" суда может привести к сокращению стоимости имущественной массы. В то же время, согласно общему мнению Рабочей группы, максимальное повышение стоимости активов лучше рассматривать в качестве основной цели законодательства о несостоятельности в целом и, таким образом, нынешнюю формулировку данного раздела следует сохранить.

Рекомендация 179

26. Хотя Рабочая группа в целом одобрила содержание рекомендации 179 в ее нынешней редакции, решительная поддержка была выражена переносу этой рекомендации в другую главу руководства, поскольку она не затрагивает вопросов применимого права. Предлагались, в том числе, следующие места: часть I.C, пункт 28, в котором описываются общие характерные черты законодательства о несостоятельности, и часть II, глава V.A, вступительные замечания, касающиеся режима требований кредиторов. Было отмечено, что, независимо от места, в которое будет помещена эта рекомендация, в нее должны быть включены перекрестные ссылки на главу, посвященную применимому праву. Одно из предложений редакционного характера состояло в том, чтобы

добавить в рекомендацию 179 после слов "согласно общим нормам права" слова "будь то иностранного или внутреннего".

Рекомендация 180

27. Рабочая группа в целом одобрила содержание рекомендации 180 в ее нынешней редакции. Было также решено отразить в соответствующей части комментария в главе, посвященной применимому праву, содержание выводов Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы), о которых говорилось выше.

Рекомендация 181

28. После обсуждения широкая поддержка в рамках Рабочей группы была выражена сохранению рекомендации 181 в ее нынешней редакции, а предложение о переносе подпунктов (a)–(s) в комментарий поддержано не было. В то же время было выражено согласие с тем, что некоторые из перечисленных элементов для целей обеспечения дополнительной ясности следует расширить. Например, было предложено добавить в конце подпункта (g) слова "которые могут нанести ущерб определенным сторонам".

Рекомендация 182

29. Рабочая группа согласилась с тем, что эта рекомендация занимает центральное место в главе, посвященной применимому праву, и одобрила содержание текста в его нынешней редакции.

Рекомендация 183

30. Было указано, что ряд моментов, связанных с включением рекомендации 183 в проект руководства и с ее содержанием, вызывает обеспокоенность. 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 обеспокоенность 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 обеспокоенность аспект состоял в том, что в ее нынешней формулировке данная рекомендация может создать впечатление, будто бы Рабочая группа поддерживает включение подобного исключения в законодательство о несостоятельности, и в силу этого ее было предложено перенести в комментарий. Противоположная точка зрения состояла в том, что, поскольку данное положение носит лишь разрешительный характер и поскольку в некоторых регионах мира практика, при которой коммерческие предприятия имеют сотрудников, работающих в различных правовых системах по различным трудовым договорам, является абсолютно обычной, данная рекомендация должна быть сохранена. Было отмечено, что отсутствие подобного исключения из сферы действия права государства суда может повлечь связанные с публичным порядком последствия, что, в свою очередь, может вызвать неопределенность и воспрепятствовать ведению производства по делам о несостоятельности. Был задан вопрос о том, охватывает ли термин "трудовые договоры" как индивидуальные контракты найма, так и коллективные договоры. В ответ на этот вопрос было указано, что в некоторых государствах он будет охватывать обе эти категории, в то время как в других странах – только индивидуальные контракты найма. Было предложено разъяснить этот вопрос определения в комментарии. После обсуждения возобладало мнение о том, что рекомендацию 183 следует сохранить в ее нынешней редакции.

31. Предложение включить дополнительное исключение для прав in rem получило определенную поддержку, однако после обсуждения возобладало мнение о том, что этого делать не следует. Определенная поддержка была выражена той точке зрения, что права in rem уже охватываются рекомендацией 180 и что, если это требуется, в комментарии могут быть приведены дополнительные разъяснения. Определенная обеспокоенность была выражена в связи с тем, что не следует создавать впечатление, будто бы руководство поощряет увеличение числа исключений.

32. Было предложено перенести материал, изложенный в разделе D, в главу I части второй руководства.

B. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть вторая (A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II)

33. Рабочая группа начала рассмотрение документа A/CN.9/WG.V/WP.70 с части второй.

1. Часть вторая. Глава I. Подача заявления и открытие производства

34. Было отмечено, что, поскольку в некоторых государствах под "коммерческой" деятельностью понимается деятельность, направленная на извлечение прибыли, этот термин не может быть использован для описания не извлекающих прибыль предприятий, таких как благотворительные фонды или организации, предоставляющие публичные услуги. После некоторого обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что в руководстве должно говориться о должниках, проводящих "экономическую", а не "коммерческую" деятельность. Это позволит включить в сферу действия руководства подобные предприятия, не преследующие цели извлечения прибыли. Было отмечено, что одна из ключевых целей руководства заключается в обеспечении широкой сферы применения законодательства о несостоятельности.

35. Было отмечено, что некоторые вопросы, упомянутые в рекомендациях, в комментарии не рассматриваются, в том числе это касается использования презумпций несостоятельности, о которых говорится в рекомендации 11 (которые лишь вскользь упоминаются в пункте 116), и имеющих право на освобождение от ответственности должников, которые упоминаются в рекомендации 20, однако в пунктах 147–149 не рассматриваются. Было отмечено, что, поскольку в рекомендации 20 об отсутствии активов говорится как об основании для отклонения заявления, она должна быть согласована с рекомендацией 14, касающейся вопросов отклонения, и рекомендацией 21, касающейся прекращения производства. Было также отмечено, что, хотя вопрос о направлении уведомления иностранным кредиторам в отношении представления требований в настоящее время рассматривается в комментарии, вопрос о направлении таким кредиторам уведомления об открытии производства конкретно не обсуждается.

36. Было высказано мнение о том, что в руководство могут быть включены более подробные руководящие положения по вопросам, возникающим в тех государствах, в которых между моментом подачи заявления и моментом открытия производства по делу о несостоятельности может проходить длительный срок, в том числе по вопросам корректировки "подозрительного" периода применительно к действиям по расторжению сделок и режима требований кредиторов в течение этого срока между подачей заявления и открытием производства. В ответ было указано, что, хотя относительно подходов, применяемых в законодательстве различных стран для решения этих

вопросов, могут быть включены дополнительные материалы, необходимости в том, чтобы Рабочая группа выносила какие-либо рекомендации по тому или иному аспекту, не имеется. Другое мнение заключалось в том, что более подробно рассмотреть эти вопросы Рабочая группа может в контексте содержащихся в главе II.F пунктах 332–335, касающихся подозрительного периода, а также в главе V.A, посвященной требованиям кредиторов.

37. Было отмечено, что, хотя рекомендация 145 касается преобразования реорганизационного производства в ликвидацию, преобразование ликвидации в реорганизацию не рассматривается и что может быть добавлена новая рекомендация, аналогичная рекомендации 7, о том, что в законодательстве о несостоятельности следует урегулировать вопрос о преобразовании одного вида производства по делу о несостоятельности в другое. Было предложено добавить в конце рекомендации 13(b) следующую формулировку: "либо оспорив его, либо согласившись с ним, либо, если в заявлении содержится ходатайство о ликвидации, запросив открытие реорганизационного производства". Рабочая группа одобрила содержание этой формулировки, предложенной для включения в рекомендацию 13.

38. Было предложено исправить сноску 12 к пункту 106 и указать, что Международный совет по стандартам бухгалтерского учета формулирует международные стандарты финансовой отчетности, а не принципы финансовой отчетности ГААП, подготовкой которых занимается Совет по стандартам финансовой отчетности Соединенных Штатов Америки.

39. В ответ на предложение включить в руководство специальные рекомендации о подаче заявления правительственным органом было напомнено о том, что Рабочая группа приняла решение не включать таких рекомендаций. Другое предложение включить сноску к рекомендации 13 с указанием на то, что такая же процедура может быть применена в отношении публичного органа, когда он не является кредитором, поддержки не получило.

2. Часть вторая. Глава II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

a) Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности

40. После обсуждения Рабочая группа согласилась внести в рекомендацию 24 следующие изменения: в вводной части заменить слова "определены активы, образующие имущественную массу, включая" словами "оговорено, что в имущественную массу включаются"; в подпункте (a) исключить приведенную в квадратных скобках формулировку "находящиеся в собственности должника" и ту часть этого подпункта, которая следует за словами "в активах третьих сторон". Было предложено сделать сноску 28 к этой рекомендации более подробной с тем, чтобы лучше разъяснить использование термина "активы", как это обсуждалось в контексте сессии, совместно проведенной с Рабочей группой VI (см. документ A/CN.9/550, пункт 22). Было указано на необходимость обеспечения согласованности между рекомендацией 24 и глоссарием.

41. Было также достигнуто согласие о включении новой рекомендации, в которой должен быть восстановлен текст, исключенный из рекомендации 24, и в которой следует указать, что в законодательстве о несостоятельности должен быть оговорен момент образования имущественной массы, что может происходить либо в момент подачи заявления об открытии производства, либо в дату собственно открытия производства по делу о несостоятельности. Поддержка была также выражена дополнительному включению в рекомендацию 25 ссылки на главу V.D, посвященную применимому праву (A/CN.9/WG.V/WP.72).

42. Было отмечено, что, поскольку во многих правовых системах из имущественной массы исключаются требования возмещения убытков, причиненных телесными повреждениями, соответствующая перекрестная ссылка на обсуждение этого момента в сноске 25 к пункту 157 может быть добавлена в пункт 170, а соответствующая сноска может быть включена в пункт 174. Было указано, что в некоторых государствах из имущественной массы также исключаются такие элементы, как денежные средства, полученные за выполнение публичных работ.

b) Защита и сохранение имущественной массы

43. Было поддержано предложение добавить в конце пункта 197 оговорку о том, что суд может осуществить полномочия по предписанию обеспечительных мер только в случае, если ему будет доказано существование опасности для предприятия или активов должника.

44. Что касается рекомендаций, то было поддержано как предложение сохранить в рекомендации 31 слова "после направления срочного ходатайства" и "своевременно" и исключить альтернативный текст в квадратных скобках, так и предложение исключить содержащийся в квадратных скобках текст в рекомендации 38(b); эти решения были приняты с тем, чтобы отразить состоявшееся обсуждение и достигнутое согласие по вопросу о защите стоимости на сессии, которая была проведена совместно с Рабочей группой VI (см. A/CN.9/550, пункт 17). Еще одно предложение состояло в том, чтобы добавить в конце рекомендации 33 слова "и заявление об открытии производства не отклонено" с тем, чтобы отразить еще одну ситуацию, при которой обеспечительные меры будут прекращаться.

45. Было отмечено, что содержание рекомендации 36, которая посвящена дополнительным мерам, которые могут быть приняты после открытия производства по делу о несостоятельности, как таковое в комментарии не обсуждается и что следует соответствующим образом пересмотреть текст комментария.

c) Использование активов и распоряжение ими

46. В связи с рекомендациями, содержащимися в разделе C, был задан ряд вопросов. Было отмечено, что формулировка "использование или реализация" используется в дополнение к слову "продажа", но что существуют и другие формы распоряжения активами, помимо продажи, которые не рассматриваются в рекомендациях 43–47, например дальнейшее обременение или аренда. Для урегулирования вопроса о других формах распоряжения активами, в частности их дальнейшего обременения, было предложено добавить примерно следующий текст: "В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов, могут подлежать дальнейшему обременению при условии соблюдения требований рекомендаций 50, 51 и 52". Было разъяснено, что в этих рекомендациях рассматриваются меры защиты, которые должны быть предоставлены в распоряжение обеспеченных кредиторов в случае предоставления финансирования после открытия производства (глава II.D), и что они также имеют отношение к вопросу о дальнейшем обременении. Это предложение было поддержано.

47. Было также отмечено, что, хотя в имущественную массу включаются интересы должника в активах, принадлежащих третьим сторонам (рекомендация 24), применение рекомендаций относительно использования и распоряжения ограничивается использованием и реализацией "активов имущественной массы". Был задан вопрос о том, регулируется ли эта проблема в главе II.E, посвященной контрактам, и требуется ли включить в главу II.C более

подробные материалы для обеспечения того, чтобы должник мог продолжать осуществление своих прав в отношении активов, находящихся в собственности третьих сторон. Было предложено включить следующую дополнительную рекомендацию:

"В законе должно оговариваться, что управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, принадлежащие третьим сторонам и находящиеся во владении должника, если соблюдены установленные условия, включая следующие:

a) интересы третьей стороны будут защищены от сокращения стоимости активов; и

b) расходы, понесенные в соответствии с договором о продолжении исполнения контракта, оплачиваются в качестве расходов по управлению имущественной массой".

Рабочая группа приняла содержание предложенной формулировки.

48. В ответ на предложение заменить формулировку "активы имущественной массы" словами "активы должника" было отмечено, что в разделе об образовании имущественной массы в деле о несостоятельности говорится, в том числе, о том, что некоторые активы должника должны исключаться из имущественной массы в случае, если должники являются физическими лицами, и что формулировка "активы должника" является, таким образом, излишне широкой в контексте вопросов продажи активов и распоряжения ими.

49. В отношении рекомендации 41 было отмечено, что ссылка на право кредиторов возражать против предлагаемой продажи не имеет связи с названием этой рекомендации и что соответствующее положение следует, возможно, привести отдельно. Было также высказано мнение о том, что данной рекомендации требуются определенные редакционные поправки с тем, чтобы избежать создания впечатления о том, что возражения кредитора достаточно для недопущения продажи. Определенную поддержку получило предложение о том, что кредитору следует предоставить возможность быть заслушанным судом по вопросу о предлагаемой продаже.

50. В связи с рекомендацией 42 было отмечено, что слова "обнародовать информацию" могут предполагать совершение несколько иных действий, чем требование о направлении уведомления, и что в тексте как комментария, так и рекомендаций соответствующие термины следует использовать последовательно.

51. Была выражена поддержка следующему пересмотру текста рекомендаций 41 и 42:

Процедуры уведомления о реализации активов

41) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что кредиторам направляется надлежащее уведомление о любом акте реализации активов, осуществляемой вне рамок обычных коммерческих операций[1], и что им предоставляется возможность быть заслушанными судом.

42) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что уведомление о проведении публичных аукционов осуществляется таким образом, чтобы была обеспечена возможность ознакомления с нею заинтересованных сторон".

Сноска [1]В тех случаях, когда активы представляют собой обремененные активы или когда на них распространяется действие других интересов, применяется рекомендация 43.

52. Было отмечено, что, как представляется, рекомендация 44 в ее нынешней редакции воспроизводит содержание других рекомендаций, в частности рекомендации 40(b), и что ее следует исключить. Для того чтобы избежать дублирования между этими рекомендациями и разъяснить сферу применения рекомендации 43, было предложено включить в рекомендацию 40(b) ссылку на рекомендации 41 и 43; изменить редакцию вводной части рекомендации 43 "Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности осуществлять продажу обремененных активов или активов, на которые распространяется действие других интересов, без таких обременений и других интересов..."; указать, что рекомендация 43 применяется только к продаже вне рамок обычных коммерческих операций; и для подтверждения того, что пункты (a)–(d) рекомендации 43 должны применяться совместно, добавить после пункта (c) союз "и". Это предложение получило поддержку.

53. Было напомнено, что на совместной сессии был обсужден вопрос об удержании правового титула (см. A/CN.9/550, пункты 21 и 22), и с тем, чтобы практически закрепить согласованные выводы, было предложено добавить в пункты 236 и 237 дополнительный материал, разъясняющий право продолжить использование таких активов в интересах имущественной массы.

54. Что касается поступлений наличных средств, то было предложено включить в пункт 238 также и ссылку на неналичные поступления от продажи и внести изменения в рекомендацию 43(d) с целью признания сохранения приоритетности прав в случаях, когда имущество приобретается за счет поступлений от продажи активов, например в случаях, когда продаются инвентарные запасы и за счет поступлений приобретаются новые инвентарные запасы. Предложение о включении рекомендаций, касающихся поступлений наличных средств, получило поддержку. Было предложено пересмотреть рекомендацию 40(a) с тем, чтобы предусмотреть использование и реализацию активов, образующих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), в ходе обычных коммерческих операций, за исключением поступлений наличных средств, и включить следующую дополнительную рекомендацию:

> "В законе должно оговариваться, что в случаях, когда обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить использование поступлений наличных средств, если соблюдены установленные условия, включая следующие:
>
> a) обеспеченному кредитору была предоставлена возможность быть заслушанным судом;
>
> b) интересы обеспеченного кредитора будут защищены от сокращения стоимости поступлений наличных средств".

55. Рабочая группа одобрила предложение в отношении рекомендации 40(a) и содержание формулировки, предложенной для новой рекомендации.

56. Далее было предложено добавить в глоссарий термин "поступления наличных средств" с примерно следующим определением: "поступления, если на них распространяется обеспечительный интерес, от продажи обремененных активов". Это предложение получило поддержку. Было высказано мнение, что в комментарии следует пояснить, что предметом обсуждения являются поступления, которые получены от продажи именно обремененных активов, а не поступления от продажи любых активов.

57. Было отмечено, что изменения, предложенные для внесения в раздел, посвященный использованию активов и распоряжению ими, делают, возможно, излишней рекомендацию 137, но что, однако, вопрос о необходимости этой рекомендации следует еще раз рассмотреть в контексте реорганизации.

58. В отношении рекомендации 48 и пункта 234 было высказано мнение, что в комментарии следует рассмотреть вопрос о том, в чью пользу может осуществляться отказ от активов, особенно в случае земли. Было также высказано мнение о том, что вопрос о стоимостной оценке активов, являющихся объектом отказа, может потребовать дальнейших разъяснений применительно к определению стоимости любого связанного с такими активами требования кредитора.

d) Финансирование после открытия производства

59. Рабочая группа признала важность обеспечения достаточных стимулов для предоставления нового финансирования, и было предложено добавить соответствующую дополнительную формулировку в рекомендацию 49 с тем, чтобы отразить эту важность.

60. Было высказано мнение, что рекомендация 52 должна носить только разрешительный характер и что в ней должно говориться о том, что законодательство о несостоятельности "может" включать положения о такого рода приоритетах. После обсуждения было решено сохранить слово "следует". Было отмечено, что концепция "неоправданного риска" создает трудности в некоторых правовых системах и что поэтому текст, следующий за словом "защищены", должен быть исключен.

61. Была отмечена определенная непоследовательность между рекомендациями и проводимым в комментарии обсуждением вопроса о предоставлении обеспечительного интереса в отличие от предоставления приоритета, и было предложено обеспечить соответствие этих текстов. Было также высказано мнение о том, что первоочередное внимание в обсуждении следует уделить предоставлению приоритета, поскольку такая практика имеет более широкое распространение, чем предоставление обеспечительного интереса.

e) Режим контрактов

62. Применительно к рекомендации 56 было достигнуто согласие об исключении слов "с открытием производства по делу о несостоятельности" из вводной части с тем, чтобы снять любое впечатление, будто бы эта рекомендация не применяется в период между подачей заявления об открытии производства и собственно открытием производства. В связи с подпунктами (a) и (b) было высказано мнение, что в этих подпунктах первоочередное внимание следует уделить событию несостоятельности, а не вопросам подачи заявления или открытия производства. К числу дальнейших предложений относилось добавление слов "или ускоряющего" после слова "прекращающего" в вводной части этой рекомендации и добавление следующего подпункта (c): "подача ходатайства о вынесении постановления, направленного на преобразование ликвидационного производства в реорганизационное производство". Хотя по вопросу о степени настоятельности данной рекомендации и относительно целесообразности использовать формулировки "может быть" или "следует" были высказаны различные мнения, после обсуждения было достигнуто согласие о том, что данное положение будет оставлено в его нынешней редакции. Было отмечено, что в тех случаях, когда сторона продолжает исполнять контракт после открытия производства или когда от нее требуется такое продолжение, выгоды, полученные от продолжения исполнения, должны оплачиваться за счет имущественной массы, а также было указано, что этот вопрос частично рассматривается в рекомендациях 65 и 67, в которые требуется внести определенные редакционные изменения.

63. Было предложено исключить формулировку, приведенную в квадратных скобках в рекомендации 62.

64. Применительно к рекомендации 65 было высказано мнение о необходимости разъяснения вопроса о том, будет ли охватывать пункт (a) нарушения, совершенные как до, так и после открытия производства, и охватывает ли значение формулировки "в состоянии выполнить обязательства" в пункте (b) способность продолжать оплату предоставляемых услуг. Рабочая группа рассмотрела следующее предложение об изменении редакции рекомендаций 65–67:

> *"Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения со стороны должника*
>
> 65) В законе должно оговариваться, что в случаях нарушения контракта со стороны должника управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение этого контракта при условии, что нарушение контракта исправлено, экономическое положение контрагента, не нарушившего контракта, по существу приведено в состояние, существовавшее до нарушения, и обязательства по продолженному контракту могут быть исполнены за счет имущественной массы.
>
> 65(b) исключается.
>
> *Исполнение до принятия решения о продолжении или расторжении*
>
> 66) В законе должно оговариваться, что управляющий в деле о несостоятельности может принять исполнение [или потребовать исполнения] от контрагента до принятия решения о продолжении или расторжении контракта. Требования контрагента из исполнения, принятого [или потребованного] управляющим в деле о несостоятельности до принятия решения о продолжении или расторжении контракта, должны оплачиваться в качестве расходов на управление имущественной массой при том, что:
>
> a) если контрагент исполняет контракт к выгоде имущественной массы, выгоды, полученные имущественной массой согласно условиям контракта, подлежат оплате в качестве административных расходов;
>
> b) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, принадлежащие третьей стороне и находящиеся во владении должника согласно условиям контракта, такой третьей стороне должна быть предоставлена защита от сокращения стоимости этих активов и режим расходов, понесенных в соответствии с договором о продолжении исполнения контракта, должен определяться в соответствии с пунктом (a).
>
> 67) В законе должно оговариваться, что в случае принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки из последующего нарушения такого контракта должны подлежать оплате в качестве административных расходов".

65. Было предложено поместить пункт 278 под заголовком "Исполнение до принятия решения о продолжении или расторжении" перед пунктом 277 и добавить в конце пункта 278 следующий текст:

> "В тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности устанавливает, что исполнение контракта должно быть продолжено до принятия решения о продолжении или расторжении, управляющий в деле о несостоятельности должен иметь право принимать исполнение от контрагента или требовать такого исполнения. В качестве условия принятия или требования исполнения расходы, понесенные в соответствии с договором о продолжении исполнения контракта, должны подлежать оплате в качестве расходов по управлению имущественной массой. Если управляющий в деле о несостоятельности использует активы,

принадлежащие третьей стороне и находящиеся во владении должника согласно условиям контракта, такой стороне должна быть предоставлена защита от уменьшения стоимости таких активов и расходы, понесенные согласно контракту к выгоде имущественной массы и связанные с использованием таких активов, должны подлежать оплате в качестве административных расходов".

66. Рабочая группа одобрила содержание предложенных пересмотренных вариантов рекомендаций 65–67, а также предложенного комментария.

67. Было предложено добавить в рекомендацию 70 новый подпункт (d), гласящий, что до уступки, в качестве части условий на ее разрешение, должны быть исправлены дефекты исполнения. Был задан вопрос о том, будет ли это предложение ограничиваться лишь дефектами исполнения после открытия производства или также охватывать и неисполнение обязательств до открытия производства.

68. Поддержка была выражена включению в конце рекомендации 71 слов "и имущественная масса не будет нести никакой дальнейшей ответственности по контракту".

f) Процедура расторжения сделок

69. Был задан вопрос о том, поддерживает ли Рабочая группа сохранение в рекомендации 73(a) требования об осведомленности о намерении должника, на том основании, что подобное решение установит весьма высокий и трудный для доказывания стандарт. После обсуждения было достигнуто согласие о том, что в центр внимания данного пункта должны быть поставлены последствия сделок для кредиторов и что, соответственно, вступительная формулировка данного пункта должна гласить "сделки, препятствующие, задерживающие или затрудняющие способность кредиторов", а заключительная формулировка – "или нанесение иного ущерба интересам кредиторов", при том что слова "и если контрагент осведомлен или должен быть осведомлен о таком намерении должника" следует исключить.

70. Далее было высказано мнение о том, что в рекомендации 73(b) имеется, как представляется, пробел, поскольку в ней не содержится ссылки на дары, которые, как было сочтено, также подпадают под эту категорию сделок.

71. Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что, хотя в комментарии руководства обсуждаются различные подходы к вопросу о продолжительности подозрительного периода, в рекомендации 75 не содержится достаточных руководящих положений относительно желательности установления коротких сроков. В частности, было предложено включить в рекомендацию упоминание о конкретных сроках: в случае сделок, о которых говорится в рекомендации 73(a), возможно, об одном–двух годах, а применительно к сделкам, упоминаемым в рекомендациях 73(b) и (c), возможно, о шести месяцах – одном годе. Хотя включению более конкретных ссылок на возможные сроки была выражена определенная поддержка, было достигнуто общее согласие о том, что в комментарии необходимость установления более коротких сроков следует обсудить более подробно, а также дополнительно указать причины, подкрепляющие такой подход.

72. В связи с подпунктами (b) и (c) рекомендации 76 был сделан ряд замечаний. Во-первых, было высказано мнение о том, что применение этих положений не должно ограничиваться сделками с участием лиц, связанных с должником, а должно носить более общий характер. В другом замечании указывалось на неясность того, в чем заключается различие между этими двумя подпунктами, хотя и было также отмечено, что презумпция согласно подпункту (b) может быть опровергнута, в то время как в подпункте (c)

устанавливается процедурное правило, которое не может быть оспорено. После обсуждения была выражена определенная поддержка исключению подпунктов (b) и (c) из рекомендации 76 и их редакционной переработке с целью расширения сферы их применения в качестве положений, посвященных вопросам доказывания.

73. Было решено снять квадратные скобки вокруг второго предложения рекомендации 81 и сохранить этот текст. В то же время был задан вопрос о том, должен ли этот текст применяться ко всей рекомендации 73 или только к ее подпункту (a). Одно из мнений состояло в том, что сделки, о которых говорится в подпункте (a), должны быть исключены из действия общего правила о том, что подозрительный период применяется ретроспективно с момента открытия производства. Противоположная точка зрения заключалась в том, что обеспокоенность возможностью заключения тайных сделок может в равной мере распространяться на все сделки, описанные в рекомендации 73. Оба этих мнения получили поддержку, однако после обсуждения было достигнуто согласие с исключением ссылки на подпункт (a) с тем, чтобы исключение применялось в отношении всех сделок, описанных в рекомендации 73. Было также предложено включить в эту рекомендацию более конкретную ссылку на срок, в течение которого могут быть возбуждены процедуры расторжения сделок, например на срок в два года, с тем чтобы обеспечить невозможность возбуждения таких процедур через много лет после совершения соответствующей сделки. Было достигнуто согласие о включении в комментарий более конкретного обсуждения этого аспекта.

74. В ответ на вопрос о последствиях расторгнутых сделок было указано на пункты 330 и 331 комментария, а также на достигнутое ранее согласие не включать рекомендаций по этому моменту.

75. В связи с рекомендацией 80 было решено установить дополнительно к нынешнему тексту общий принцип, состоящий в том, что затраты на процедуры расторжения должны оплачиваться из имущественной массы.

g) Зачет, финансовые контракты и взаимозачет

76. Хотя было высказано мнение о том, что общее право на зачет должно существовать только в весьма ограниченном круге обстоятельств, текст рекомендации 85 в ее нынешней редакции получил поддержку.

77. Применительно к рекомендации 92 было достигнуто согласие о снятии квадратных скобок и сохранении соответствующего текста на том основании, что он разъясняет сферу действия соответствующих положений. В этой связи определенная поддержка была выражена мнению о том, что этот текст было бы более целесообразно включить в положение о цели, чем в какую-либо конкретную рекомендацию.

78. Была высказана обеспокоенность в связи с неопределенностью, создаваемой отсутствием руководящих указаний относительно значения термина "финансовый контракт". Было отмечено, что соответствующее определение, хотя и в квадратных скобках, включено в глоссарий руководства. Было также указано, что виды договоров, которые должны охватываться положениями о финансовых контрактах, в целом достаточно хорошо ясны для финансовых кругов и что необходимость в обеспечении гибкости затрудняет достижение согласия об определении таких контрактов.

3. Часть вторая. Глава III. Участники

a) Должник

79. В ответ на обеспокоенность, выраженную в связи с тем, что в тех случаях, когда информация должна представляться должником–юридическом лицом, в такую информацию должны включаться сведения о возможных будущих обязательствах должника, было выражено общее согласие с тем, что такое понимание будет охватываться использованием формулировки "состояние дел" в рекомендации 95(b) и ссылкой на предоставление информации о видах процедур, возбужденных в отношении должника, в подпункте (b)(ii). В целях разъяснения было предложено изменить редакцию подпункта (b)(v) примерно следующим образом: "кредиторов и их требований, при подготовке такого перечня в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности и в пересмотренном и исправленном должником виде по мере проверки и признания или отклонения требований". Хотя были высказаны определенные сомнения относительно целесообразности сохранения слова "разумно" в подпункте (b), было достигнуто согласие о том, что для избежания представления сутяжных и неоправданных запросов, особенно со стороны кредиторов, сохранение этого термина может оказаться полезным.

80. Было решено, что вступительную формулировку в квадратных скобках в рекомендации 95(c) следует исключить и что следует добавить слово "сотрудничать". Было отмечено, что некоторые материалы, включенные в пункт 376 комментария, применимы не только в отношении должников, сохраняющих владение, и что их следует исключить. В общем плане было высказано мнение о том, что в руководстве следует пояснить, как в комментарии, так и в рекомендациях, что во всех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает сохранение владения за должником, у должника в целом должны иметься те же полномочия и функции, как и у управляющего в деле о несостоятельности. Для снятия этой обеспокоенности было предложено добавить после рекомендации 97 новую рекомендацию, гласящую, что в законодательстве следует оговорить, что должник, сохраняющий владение, будет обладать полномочиями и функциями управляющего в деле о несостоятельности, за исключением права на получение вознаграждения.

b) Управляющий в деле о несостоятельности

81. Предложение уделить в руководстве более пристальное внимание использованию независимых агентств для отбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности и осуществления надзора над его деятельностью было принято к сведению, однако не было поддержано на том основании, что многие страны просто не в состоянии учредить подобные агентства и что в силу этого включение конкретных рекомендаций является нежелательным.

82. Было решено конкретно указать в пункте 400 комментария, что управляющий в деле о несостоятельности не должен иметь судимостей.

83. Было высказано мнение, что ссылка на ответственность в рекомендации 105 является слишком широкой и что заключительная формулировка должна гласить следующее: "и любой соответствующий установленный стандарт ответственности".

c) Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

84. Рабочая группа решила заменить формулировку, выделенную курсивом в рекомендации 112, словами "конкретной процентной доли общей стоимости" и отметила существенные расхождения между установленными в различных

государствах требованиями. Было также решено исключить формулировку, приведенную в квадратных скобках в рекомендации 115.

85. Было выражено согласие с тем, что, хотя содержание рекомендаций является в значительной мере приемлемым, требуется определенный редакционный пересмотр данного раздела для обеспечения того, чтобы – хотя в комментарии и должно быть ясно отражено предпочтение, отдаваемое Рабочей группой созданию комитетов кредиторов – было указано на существование других форм представительства кредиторов и проведения с ними консультаций, которые успешно функционируют в некоторых государствах. Соответственно, было отмечено, что в рекомендацию 113 потребуется, возможно, внести определенные поправки. Было сделано замечание о том, что в тех случаях, когда установленный режим исходит из создания комитетов кредиторов, в законодательстве о несостоятельности следует обеспечить, чтобы при функционировании подобных механизмов уважались права всех кредиторов. В ходе обсуждения роли комитетов кредиторов и собраний кредиторов было отмечено, что в связи с этими двумя механизмами возникают различные вопросы. В то же время было указано, что цель совместных действий кредиторов в отношении того или иного конкретного вопроса будет определять принятие решения о создании их надлежащего форума. Например, предусматриваемые в рамках реорганизации требования к голосованию будут определять, потребуется ли созыв собрания всех кредиторов или же соответствующее решение может принять более малочисленная представительная группа. Было выражено общее согласие с тем, что вопросы о представленности прав должны быть сбалансированы с необходимостью своевременного и эффективного ведения производства.

86. Была выражена поддержка рассмотрению в комментарии вопроса о праве иностранных кредиторов на полномасштабное участие в производстве, и было отмечено проводимое в главе V.A, касающейся режима требований кредиторов, обсуждение принципа равного режима для иностранных и национальных кредиторов.

d) Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование

87. В ответ на предложение добавить в перечисление прав комитетов кредиторов в рекомендации 117 предыдущего раздела упоминание права быть заслушанными в ходе производства было отмечено, что комитет кредиторов определяется в глоссарии в качестве заинтересованной стороны и что, таким образом, такие комитеты охватываются рекомендациями 121 и 122.

4. Часть вторая. Глава IV. Реорганизация

a) План реорганизации

88. Хотя Рабочая группа выразила общее удовлетворение принципами, лежащими в основе содержания данного раздела, было принято решение о том, что определенные редакционные изменения рекомендаций позволят более четко отразить обсуждение соответствующих вопросов, проводимое в комментарии, и улучшить руководство в целом.

89. Было высказано мнение о том, что при пересмотре рекомендаций следует руководствоваться следующими соображениями: a) в той мере, в которой реорганизация затрагивает обеспеченных кредиторов, в законодательстве о несостоятельности должен предусматриваться ряд гарантий для защиты от дискриминации в отношениях между кредиторами; b) если предусматривается, что кредитор будет связан планом реорганизации без его согласия, то ему должно быть предоставлено право на участие в голосовании в ходе соответствующих процедур; c) если предусматривается, что обеспеченные или

приоритетные кредиторы будут связаны планом, такие кредиторы должны голосовать по плану в качестве отдельной категории; d) кредитор, входящий в ту или иную конкретную категорию, должен получить те же условия, что и другие кредиторы этой категории, и в той мере, в которой различия в режиме кредиторов могут максимально способствовать шансам на успешное выполнение плана реорганизации, должны создаваться различные категории необеспеченных кредиторов; e) несогласные кредиторы, входящие в категорию, выразившую свое согласие, должны получить по меньшей мере столько же, сколько бы они получили при ликвидационном производстве; и g) несогласная категория кредиторов должна получить по меньшей мере столько же, сколько эта категория получила бы в рамках ликвидационного производства, пропорционально интересам этой конкретной категории.

90. К Секретариату была обращена просьба подготовить новую редакцию рекомендаций на основе этих замечаний. Рабочая группа также согласилась с тем, что в этот пересмотренный вариант должны быть включены следующие изменения: a) снять квадратные скобки в рекомендации 128(b)(i) и сохранить соответствующий текст; b) сохранить рекомендацию 135 в ее нынешней редакции, однако – поскольку было отмечено, что она тесно связана с рекомендацией 145(c) – поместить рекомендацию 135 после рекомендации 144; c) заменить ссылки в рекомендациях 139(a) и (b) ссылками на рекомендации 138 и 140, соответственно.

91. Было также предложено еще несколько редакционных поправок: a) в рекомендации 125(b) включить акционеров в список сторон, которые могут предлагать план; b) объединить рекомендации 126 и 127 под названием "Подготовка и представление заявления о раскрытии информации"; c) добавить в конце рекомендации 128(b)(ii) формулировку "и договоренности об удержании правового титула"; d) заменить в конце рекомендации 129(a) слова "включая баланс активов и пассивов и ведомости движения наличности" словами "в том числе об активах и пассивах и движении наличности"; e) добавить в рекомендацию 129 новый подпункт, требующий включения в заявление о раскрытии информации любой дополнительной нефинансовой информации, которая может иметь последствия для будущей деятельности должника (например, о наличии нового патента); f) включить в рекомендацию 129 ссылку на обязательства по сохранению конфиденциальности, устанавливаемые в главе III; g) расширить рекомендацию 130 для подробного указания категорий, которые могут принимать участие в голосовании по плану; h) изменить рекомендацию 133 для указания на то, что в случаях, когда имеются отдельные категории кредиторов, кредиторы должны голосовать по категориям; i) внести в рекомендацию 138(b) изменения, отражающие идею о том, что ни одному конкретному кредитору не должен наноситься особый ущерб по сравнению с всеми другими кредиторами, входящими в его категорию; j) включить в рекомендацию 138(c) после слова "кредиторы" слова "применительно к каждой соответствующей категории"; k) разъяснить, относится ли сноска 94 к рекомендации 138(f) к согласию категории кредиторов или отдельных кредиторов; l) добавить перед словом "когда" во вводной части рекомендации 145 слова "или прекратить производство"; m) пояснить, что преобразование является уместным, когда нарушение условий плана совершено должником, но не когда такое нарушение может быть отнесено на счет третьей стороны; и n) применительно к пункту 522, должнику может быть разрешено принять участие в голосовании при определенных обстоятельствах.

92. По вопросу о необходимости в рекомендации 128(c)(vi) были высказаны различные мнения, однако решения о ее сохранении или исключении Рабочей группой принято не было.

93. Определенную поддержку получило предложение о включении новой рекомендации, которая основывалась бы на пункте 539 комментария и предусматривала бы, что от суда не должно требоваться рассмотрения экономических и коммерческих основ решений кредиторов или экономической осуществимости плана реорганизации. В ответ было отмечено, что подобные задачи в обычном порядке регулярно выполняются судами в некоторых правовых системах, и было достигнуто согласие с тем, что никакой рекомендации по этому вопросу включать не следует.

b) Ускоренное реорганизационное производство

94. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в разделе, посвященном ускоренному производству, с достаточной ясностью не излагаются ни цель подобного рода производства, ни взаимосвязь между упрощенным производством и полномасштабным реорганизационным производством, которое обсуждается в разделе A главы IV и в других местах руководства, ни сфера применения подобных процедур. Несмотря на внесенное предложение перенести данный раздел в приложение к проекту руководства, возобладало мнение о том, что его следует оставить в главе IV. Для облегчения понимания этой главы и более четкого разъяснения цели и сферы применения упрощенных процедур было предложено пересмотреть комментарий и включить в него дополнительные разъяснительные материалы, а также обеспечить более тесную связь изложения с содержанием рекомендаций.

95. В связи с рекомендацией 146(a) были выражены различные мнения по вопросу о том, какие надлежащие условия для открытия производства следует применять. Одна из точек зрения состояла в том, что для обращения за открытием ускоренного производства должник не обязательно должен обладать правом на ходатайство об открытии производства согласно законодательству о несостоятельности, хотя и было отмечено, что к подобным процедурам может обращаться любой должник, обладающий соответствующим правом согласно положениям, регулирующим вопросы реорганизации. Другое мнение, получившее поддержку, заключалось в том, что могут быть исключены оба текста, приведенные в квадратных скобках, с тем, чтобы к упрощенным процедурам могли обращаться должники, которые, по всей вероятности, в целом будут неспособны уплатить свои долги по наступлении сроков их погашения. Было также достигнуто согласие с тем, что формулировка, приведенная в квадратных скобках в подпункте (b), может быть исключена.

96. Было высказано мнение о том, что, поскольку вопросы, упомянутые в подпункте (e) рекомендации 147, будут включены в план и в заявление, раскрывающие информацию, о которых говорится в подпунктах (a) и (d), подпункт (e) может быть исключен.

97. В связи с рекомендацией 150 было высказано мнение о том, что требование представлять индивидуальные уведомления, особенно акционерам и держателям облигаций, может быть особенно обременительным, и было выражено согласие с тем, что достаточным будет такой порядок, при котором уведомление будет осуществляться при использовании имеющихся доступных средств. Было также отмечено, что требование о направлении уведомления акционерам в других посвященных вопросам уведомления положениях руководства не упоминается.

98. Был задан вопрос о том, каким образом требование об утверждении упрощенного плана судом, которое содержится в рекомендации 151, может согласовываться с факультативным характером утверждения, о котором говорится в разделе A главы IV, и было высказано мнение о необходимости проведения более подробного обсуждения этого вопроса в комментарии.

99. После обсуждения было решено сохранить первый текст в квадратных скобках в рекомендации 153 и исключить вторую формулировку. Что касается других формулировок, приведенных в рекомендациях в квадратных скобках, то Рабочая группа согласилась исключить соответствующий текст из рекомендации 147(b) и сохранить его в рекомендации 149(b), а также в рекомендации 151(b).

5. Часть вторая. Глава V. Ведение производства

a) Требования кредиторов

100. Было решено пересмотреть рекомендацию 154 и предусмотреть в ней требование о том, чтобы свои требования регистрировали только те кредиторы, которые желают участвовать в производстве. Было также предложено разрешить представление требований различными способами.

101. Что касается обеспеченных кредиторов, то было предложено предусмотреть в рекомендации 156, что от них требуется представление требований и что такие требования должны представляться согласно рекомендации 154 или 158 на раннем этапе производства, с тем чтобы облегчить ведение производства и управление им. Было предложено объединить рекомендацию 159 с рекомендацией 154 или поместить ее после этой рекомендации.

102. Было достигнуто согласие об исключении текста в квадратных скобках в рекомендации 160 и о разъяснении в комментарии концепции принятия специальных мер на случай как нестабильности курса валют, так и колебаний таких курсов.

103. Было также решено сохранить текст в квадратных скобках в рекомендациях 163, 166 и 167 и предусмотреть возможность обжалования согласно рекомендации 163 по вопросам, вытекающим из рекомендаций 166 и 167. Предложение о включении в рекомендацию 168(c) вопроса об отклонении поддержки не получило. Было отмечено, что рекомендацию 169 следует читать совместно с рекомендациями 162 и 163.

b) Приоритеты и распределение

104. Было поддержано предложение добавить слово "категории" перед словом "требования" и слова "если таковые имеются" после слова "требования" в рекомендации 172. Было отмечено, что ссылка на субординированные требования должна охватывать только концепцию справедливой субординации, поскольку договорная субординация может привести к тому, что требования будут рассматриваются как имеющие различные уровни приоритетности в зависимости от соглашения.

c) Корпоративные группы

105. Рабочая группа в целом одобрила содержание следующих изменений раздела C:

> "644. Особую обеспокоенность в связи с производством по делу о несостоятельности с участием одной из компаний, входящих в группу, вызывают три вопроса:
>
> a) будет ли какая-либо другая компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособной компании (которые представляют собой все долги, причитающиеся с неплатежеспособной компании, за исключением тех из них, которые причитаются родственным компаниям, входящим в группу, т.е. "внутригрупповых долгов");

b) режим внутригрупповых долгов (требования к компании–должнику со стороны компаний группы); и

c) заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, поданное компанией, входящей в группу, против родственной компании, входящей в эту же группу.

Исправить первое предложение пункта 645 следующим образом:

645. Как отражение сложности этой проблемы, эти и другие вопросы по-разному решаются в законодательстве разных стран о несостоятельности, причем подходы могут различаться в зависимости от той степени, в которой законодательство позволяет получать доступ к информации, касающейся приобретения корпоративного статуса.

В качестве нового пункта добавить после пункта 645 следующий текст:

Хотя в связи с этими весьма сложными проблемами применяются разнообразные подходы, в режиме несостоятельности важно урегулировать касающиеся корпоративных групп вопросы с достаточной степенью процедурной проработанности с тем, чтобы обеспечить определенность для всех заинтересованных сторон при коммерческих сделках с корпоративными группами. В качестве альтернативы прямому регулированию вопросов о корпоративных группах при несостоятельности можно было бы, в том числе, предусмотреть включение в другие части законодательства о несостоятельности достаточных определений, позволяющих применять подобные положения к корпоративным группам, например, использовать положения о расторжении сделок или субординации в отношении сторон, связанных с должником".

106. Было также высказано мнение о том, что в раздел C будет уместно включить ссылку на главу, посвященную применимому праву.

6. Завершение производства

a) Освобождение от обязательств

107. Было предложено включить в комментарий указание на то, что освобождение должника от обязательств не должно затрагивать ответственность третьей стороны, гарантировавшей эти обязательства должника.

108. Что касается предоставления освобождения от обязательств, то было предложено провести в комментарии четкое различие между предоставлением такого освобождения и наложением на должника условий, которые будут, тем не менее, ограничивать его реабилитацию. Было отмечено, например, что согласно законодательству некоторых стран, должнику, освобожденному от обязательств, не разрешается проводить коммерческую деятельность.

b) Завершение производства

109. Предложение пересмотреть обе рекомендации 186 и 187 с тем, чтобы указать, что в законодательстве должны оговариваться процедуры, с помощью которых должно закрываться как ликвидационное, так и реорганизационное производство, получило поддержку. Было отмечено, что в связи с такой процедурой можно оговорить, какие стороны могут подавать соответствующее заявление, может ли публиковаться заявление о закрытии производства и соответствующее решение по нему и могут ли быть заслушаны кредиторы. Было также предложено рассмотреть в рекомендации 187 ситуацию, когда осуществление плана срывается или когда установлено, что план не может быть осуществлен. Было отмечено, что к подобным случаям может также иметь отношение и вопрос о внесении в план изменений.

C. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть первая

110. Была выражена поддержка предложению включить свод рекомендаций, касающихся ключевых целей, и перенести другие рекомендации общего характера, например рекомендации 7 и 179, в часть первую проекта руководства. Рабочая группа согласилась добавить в текст рекомендации примерно следующего содержания.

111. После пункта 22 комментария (подпункты (a)–(h) рекомендации отражают изложение ключевых целей в пунктах 12–22 документа A/CN.9/WG.V/WP.70, часть I):

"1) Для установления и совершенствования эффективного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие ключевые цели:

a) обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста;

b) максимальное повышение стоимости активов;

c) обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией;

d) обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении;

e) установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности;

f) сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами;

g) обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации; и

h) признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований".

112. После пункта 27 комментария:

"2) Целью рекомендаций в руководстве для законодательных органов является рассмотрение каждой из ключевых целей и достижение надлежащей сбалансированности между ними".

113. После пункта 30 комментария (подпункты (a)–(n) отражают содержание пункта 28 документа A/CN.9/WG.V/WP.70, часть I):

"3) Для установления эффективного и действенного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие общие черты:

a) определение должников, в отношении которых может осуществляться производство по делу о несостоятельности, включая тех должников, которые могут требовать специального режима несостоятельности;

b) определение момента времени, в который может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может ходатайствовать об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии, касающиеся открытия производства, отличаться друг от друга в

зависимости от того, какая сторона обращается с ходатайством об открытии производства;

c) определение степени, в которой должнику следует позволить сохранить контроль над коммерческим предприятием после открытия производства по делу о несостоятельности, или же его следует отстранить от ведения дел и назначить независимую сторону (в руководстве используется термин "управляющий в деле о несостоятельности") для контроля над предприятием должника и управления им, а также определение различия, которое должно быть проведено между ликвидацией и реорганизацией в связи с этим;

d) обеспечение защиты активов должника от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также, в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам, определение того, каким образом экономическая стоимость обеспечительного интереса может быть защищена в ходе производства по делу о несостоятельности;

e) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может решать судьбу контрактов, заключенных должником до открытия производства, по которым и должник, и его контрагент не исполнили свои соответствующие обязательства полностью;

f) определение степени, в которой права на зачет требований или взаимозачет могут быть реализованы в принудительном порядке или защищены, несмотря на открытие производства по делу о несостоятельности;

g) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, входящие в имущественную массу, или распоряжаться ими;

h) определение степени, в которой управляющий в деле о несостоятельности может расторгать определенные виды сделок, приводящих к причинению ущерба интересам кредиторов;

i) в случае реорганизации – подготовка плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость, в отношении содержания такого плана, определение того, кто будет разрабатывать план, а также условий, необходимых для его принятия и осуществления;

j) определение очередности кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации;

k) осуществление плана реорганизации;

l) распределение поступлений от ликвидации;

m) освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия при ликвидации; и

n) завершение производства".

114. В Рабочей группе прозвучала решительная поддержка предложению включить текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководства по его принятию в одно издание с проектом руководства, и было подчеркнуто, что странам необходимо урегулировать не только проблемы, связанные с реформой внутреннего законодательства о несостоятельности, но также и вопросы трансграничной несостоятельности. В то же время с учетом различий в характере этих двух текстов было решено, что Типовой закон может быть, по всей вероятности, включен в это издание в качестве приложения к проекту руководства с тем, чтобы избежать любых неясностей в вопросе о том, каким образом государства могут использовать или

принимать эти два различных текста. Было отмечено, что эти аспекты могут быть рассмотрены во введении к проекту руководства и что в проекте руководства должны быть сохранены надлежащие перекрестные ссылки на Типовой закон и Руководство по принятию. Было также предложено включить в проект руководства настоятельную рекомендацию о принятии Типового закона ЮНСИТРАЛ.

115. Был внесен ряд предложений относительно структуры изложения материала в части первой, в том числе следующие: обеспечить более тесную связь введения в части первой с содержанием части второй путем включения надлежащих перекрестных ссылок; подчеркнуть, что в центре внимания руководства стоят вопросы, связанные с должниками, участвующими в экономической деятельности, а не должниками–потребителями; поместить пункты 28–30 ближе к пунктам 65–69; добавить вступительный пункт в раздел II части первой для разъяснения, в частности, причин включения материала по административным процедурам; и добавить в раздел III информацию о работе, проводимой международными организациями в целях укрепления институциональной инфраструктуры. Было отмечено, что ссылка на рекомендации Банка Англии в пункте 46 требует определенных пояснений и что Секретариат пересмотрит пункты 58 и 59 с учетом выводов по разделу B главы IV и включит пересмотренное объяснение упрощенных процедур реорганизации в раздел "Реорганизационное производство".

116. В редакционном плане Секретариату было предложено рассмотреть вопросы о том, является ли уместным использование в последнем предложении пункта 12 слов "общая цель", следует ли перенести последнее предложение пункта 13 в пункт 14 и следует ли добавить во второе предложение пункта 14 слова примерно следующего содержания: "при сохранении стоимости предприятия".

D. Глоссарий

117. Рабочая группа просила Секретариат пересмотреть структуру глоссария для облегчения сопоставления текстов на официальных языках.

Административные требования или расходы

118. Было достигнуто согласие о сохранении нынешней редакции этого определения при исключении слова "надлежащим", которое определяет выполнение управляющим в деле о несостоятельности его функций. В качестве еще одной поправки было предложено включить ссылку на обязательства как по закону, так и по договору.

Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности

119. Рабочая группа согласилась исключить этот термин из глоссария.

Положения о расторжении сделок

120. Рабочая группа рассмотрела следующее пересмотренное определение:

> "Положения законодательства о несостоятельности, позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы и возвращать любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов или имущественной массы, если эти сделки удовлетворяют критериям, оговоренным в законодательстве о несостоятельности".

121. Было решено принять этот пересмотренный вариант, исключив из него заключительную формулировку "если эти сделки удовлетворяют критериям, оговоренным в законодательстве о несостоятельности".

Активы должника

122. Была выражена поддержка содержанию текста в его нынешней редакции.

Обременительные активы

123. Было решено заменить слово "например" союзом "или" и принять этот текст в его нынешней редакции.

Центр основных интересов

124. Рабочая группа одобрила содержание этого текста в его нынешней редакции.

Требование

125. Рабочая группа рассмотрела предложение об изменении текста следующим образом:

> "Право на платеж из имущественной массы должника, возникающее будь то из задолженности, договора или другой концепции юридических обязательств, будь то на установленную или неустановленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемое или неоспариваемое, обеспеченное или необеспеченное, фиксированное или условное.
>
> Примечание: В некоторых правовых системах признается правоспособность или право, если они допускаются применимым законом, обращать взыскание на [активы] [товары] должника в порядке предъявления требования".

126. Это предложение получило определенную поддержку, однако по причине нехватки времени Рабочая группа не смогла завершить обсуждение этого термина.

Открытие производства

127. Рабочая группа рассмотрела предложение об изменении текста следующим образом:

> "Событие, определяющее дату вступления в силу производства по делу о несостоятельности, будь то установленное законом или судебным решением".

128. Это предложение получило определенную поддержку, однако по причине нехватки времени Рабочая группа не смогла завершить обсуждение этого термина.

Кредитор

129. Рабочая группа рассмотрела предложение о добавлении следующего текста:

> "Физическое или юридическое лицо, обладающее требованием к должнику, которое возникло при открытии производства по делу о несостоятельности или до его открытия".

130. Хотя предложение не включать этот термин в глоссарий получило определенную поддержку, было достигнуто согласие о том, что, поскольку он весьма тесно связан с термином "требование", данный вопрос потребуется, возможно, еще раз рассмотреть после завершения обсуждения этого последнего термина.

Комитет кредиторов

131. Рабочая группа одобрила содержание этого определения, добавив слово "кредиторов" после слов "представительный орган".

Должник

132. Было поддержано предложение исключить из глоссария термин "должник".

Освобождение от обязательств

133. Рабочая группа приняла этот текст в его нынешней редакции, заменив слово "обязательств" словом "требований".

Отчуждение

134. Рабочая группа приняла этот текст в его нынешней редакции.

Обремененные активы

135. Рабочая группа приняла этот текст в его нынешней редакции, однако обратилась к Секретариату с просьбой изучить руководство для обеспечения последовательного использования во всем его тексте формулировки "другие интересы", которая относится к интересам, принадлежащим третьей стороне, например, к совместной собственности, а эта категория является более широкой, чем понятие обеспечительных интересов.

Акционер

136. Рабочая группа приняла следующее определение термина "акционер":

> "Держатель выпущенных акций или обладатель аналогичного интереса, представляющего собой требование из собственности на часть капитала корпорации или другого предприятия".

Предприятие

137. Этот текст был принят Рабочей группой в его нынешней редакции при том, что формулировка, приведенная в квадратных скобках, должна быть перенесена в сноску.

Имущественная масса

138. Было решено исключить отсылку к термину "имущественная масса в деле о несостоятельности".

Финансовый договор

139. Рабочая группа приняла нынешнюю редакцию этого текста при том, что ссылка на первоначальный текст должна быть перенесена в сноску. Было отмечено, что это определение было намеренно составлено в общих и открытых формулировках с тем, чтобы обеспечить гибкость, необходимую для охвата быстро изменяющихся инструментов или механизмов, при том, что вниманию пользователей руководства будут по-прежнему предлагаться руководящие положения за счет ясного указания на то, что предполагалось охватить этим текстом. Было отмечено, что цель руководящих указаний относительно использования данного термина в проекте руководства состоит в обеспечении относительной определенности применительно к той степени, в которой объект этого определения мог бы исключаться из сферы действия обычного режима несостоятельности в интересах избежания создания системного риска для финансовых рынков. Было предложено отметить эту цель в руководстве для обеспечения того, чтобы пользователи в полной мере осознавали основополагающую направленность проекта руководства.

Государственный орган

140. Рабочая группа решила исключить этот термин из глоссария.

Несостоятельность

141. Было одобрено содержание этого текста в его нынешней редакции.

Имущественная масса в деле о несостоятельности

142. Рабочая группа согласилась сократить этот текст до следующей формулировки: "активы должника, которые могут являться предметом производства по делу о несостоятельности".

Неликвидность

143. Было предложено включить в руководство термин "неликвидность" или неспособности уплатить долги, поскольку этот термин известен во многих странах. После обсуждения было достигнуто согласие о том, что эта основополагающая концепция охватывается проводимым в руководстве обсуждением стандарта для открытия производства по делу о несостоятельности и что необходимости в дополнительном термине не имеется.

Производство по делу о несостоятельности

144. Рабочая группа выразила поддержку содержанию следующего пересмотренного текста:

> "Коллективное производство, подлежащее надзору со стороны суда, будь то в целях реорганизации или ликвидации".

Управляющий в деле о несостоятельности

145. Рабочая группа решила принять используемое в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности определение "иностранного представителя" с необходимыми изменениями примерно в следующей формулировке: "лицо или учреждение – включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, – которое в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций должника".

Ликвидация

146. Рабочая группа выразила поддержку содержанию следующего пересмотренного текста:

> "Производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности".

Lex fori concursus

147. Рабочая группа согласилась добавить в глоссарий следующий термин:

> ""Lex fori concursus" – право государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности".

Lex rei situs

148. Рабочая группа согласилась добавить в глоссарий следующий термин:

> ""Lex rei situs" – право государства, в котором находятся активы".

Взаимозачет

149. Рабочая группа приняла следующее предложение относительно редакции определения этого термина, однако не достигла согласия по окончательному тексту:

"Погашение [взаимных] денежных или неденежных обязательств [между сторонами финансовых договоров] [по финансовым договорам]".

Соглашение о взаимозачете

150. Рабочая группа одобрила нынешнюю редакцию при том, что первое слово "соглашение" должно быть заменено словами "форма финансового договора".

Обычные коммерческие операции

151. Был предложен следующий пересмотренный текст, который, однако, по причине нехватки времени не был рассмотрен Рабочей группой:

"Сделки, соответствующие как i) операциям коммерческого предприятия должника до открытия производства по делу о несостоятельности, так и ii) обычным коммерческим условиям".

Pari passu

152. Рабочая группа рассмотрела следующее предложение об изменении текста:

"Принцип, в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторам применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти кредиторы получают удовлетворение на пропорциональной основе из активов имущественной массы, имеющейся для распределения среди кредиторов их очереди".

153. Рабочая группа приняла этот текст при том, что слова "соразмерный их требованиям" должны быть исключены, а слова "на пропорциональной основе" должны быть заменены словами "пропорционально их требованиям".

Заинтересованная сторона

154. Рабочая группа согласилась с изменением редакции текста примерно следующим образом:

"Любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, акционера, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной".

Требования, возникающие после открытия производства

155. Было одобрено содержание текста в его нынешней редакции.

Преференция

156. Было внесено следующее предложение о пересмотре текста, которое, однако, не было полностью рассмотрено Рабочей группой:

"Сделка, вследствие которой кредитор получает преимущество или ненадлежащий платеж".

Приоритет

157. Была предложена примерно следующая формулировка, которая, однако, по причине нехватки времени не была полностью рассмотрена Рабочей группой:

"Право лица на первоочередность по отношению к другому лицу, когда такое право возникает в силу закона".

Преимущественное требование

158. Рабочая группа согласилась с сохранением этого термина при том, что слова "за счет имеющихся активов" должны быть исключены.

Правила очередности

159. Рабочая группа поддержала исключение этого термина из глоссария.

Защита стоимости

160. Хотя определенная поддержка была выражена исключению этого термина, возобладало мнение о том, что следует сохранить первое и четвертое предложения и исключить остальной текст.

Лицо, связанное с должником

161. Было предложено указать в тексте тот контекст, в котором сторона может являться лицом, связанным с должником, для целей законодательства о несостоятельности, например, применительно к расторжению сделок и режиму требований, и упомянуть о том, что законодательство о несостоятельности должно также учитывать определения этого термина, содержащиеся в других отраслях правового регулирования, например в законодательстве, регулирующем вопросы о юридических лицах.

162. Был предложен следующий пересмотренный текст, который, однако, по причине нехватки времени не был обсужден:

> "Применительно к должнику, являющемуся юридическим лицом, в круг лиц, связанных с должником, включаются: i) лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, и ii) материнская или дочерняя компания, партнер или филиал. Применительно к должнику, являющемуся физическим лицом, в круг лиц, связанных с должником, включаются лица, связанные с должником родственными или свойственными отношениями".

163. Были предложены следующие пересмотренные термины, которые, однако, по причине нехватки времени не смогли быть рассмотрены Рабочей группой:

Обеспеченное требование

> "Требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принятым в качестве гарантии долга, подлежащего принудительному взысканию в случае неисполнения со стороны должника, причем сумма такого обеспеченного требования должна быть равной стоимости обеспечительного интереса. Любая сумма, на которую требование превышает стоимость обремененных активов, является необеспеченным требованием";

Обеспеченный кредитор

> "Кредитор, обладающий обеспечительным интересом";

Обеспечительный интерес

> "Право или интерес в обремененных активах, гарантирующие платеж по требованию. Обеспечительный интерес, созданный будь то добровольно или по соглашению, включает, как правило, ипотеку, залог, обременение и право удержания, но не ограничивается ими";

Переговоры о добровольной реструктуризации

> "Переговоры, которые не регулируются в рамках законодательства о несостоятельности, которые, как правило, предполагают переговоры между

должником и несколькими либо всеми его кредиторами и которые приводят к согласованному изменению требований участвующих кредиторов".

164. Были предложены некоторые дополнительные определения, которые, однако, по причине нехватки времени не обсуждались. Было решено сохранить их в квадратных скобках для рассмотрения Комиссией.

Должник, сохраняющий владение

"[Должник при реорганизационном производстве, который сохраняет полный контроль над коммерческим предприятием, в результате чего суд не назначает управляющего в деле о несостоятельности]".

Мошенническая передача

"[Сделка, заключенная должником, который является несостоятельным или который становится несостоятельным в результате передачи, если эта передача осуществляется по заниженной стоимости или с целью воспрепятствовать действиям кредиторов или затруднить или задержать их]".

E. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

I. Введение 1-8

1. Построение и сфера применения Руководства 1-3
2. Глоссарий 4-8

A. Замечания по терминологии 4-8

B. Термины и определения .....

Часть первая

Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности 9-79

I. Введение 9-30

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности 11-22

1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста 12
2. Максимальное повышение стоимости активов 13
3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией 14
4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении 15
5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности 16-17
6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами 18
7. Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации 19-20
8. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований 21
9. Создание основ для трансграничной несостоятельности 22

B. Установление баланса между ключевыми целями 23-27

C. Общие черты законодательства о несостоятельности 28-30

II. Механизм устранения финансовых трудностей должника 31-71

A. Переговоры о добровольной реструктуризации 31-46

1. Необходимые предварительные условия 34
2. Основные процедуры 35-45

a) Начало переговоров 35

b) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета 37

Пункты

c) Согласование "паузы" 38
d) Привлечение консультантов 39
e) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности 40-41
f) Доступ к информации о должнике 42
g) Отношения с кредиторами 43-45

3. Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации 46

B. Виды производства по делу о несостоятельности 47-69

1. Реорганизационное производство 51-57
2. Ускоренное реорганизационное производство 58-60
3. Ликвидация 61-64
4. Организация законодательства о несостоятельности 65-69

C. Административные процедуры 70-71

III. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ 72-79

Введение

1. Построение и сфера применения Руководства

1. Цель настоящего *Руководства* состоит в содействии разработке эффективной и действенной основы разрешения финансовых затруднений, с которыми сталкиваются должники. Оно предназначено для использования в качестве справочного документа национальными органами власти и законодательными органами при подготовке новых законов или анализе адекватности действующих законов и законодательных положений. В *Руководстве* содержится рекомендация в отношении достижения баланса между необходимостью устранения финансовых трудностей должника наиболее оперативным и эффективным способом и интересами различных сторон, непосредственно затрагиваемых этими финансовыми затруднениями, в первую очередь кредиторов и других сторон, имеющих определенную долю в предприятии должника, а также соображениями государственной политики. В *Руководстве* рассматривается ряд вопросов, которые имеют решающее значение для разработки эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, что признается во многих правовых системах несмотря на многочисленные различия в политическом и законодательном режимах. Основное внимание уделяется производству по делу о несостоятельности, которое открывается и ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности, при этом сделан упор на реорганизацию. Кроме того, рассматриваются не регулируемые законодательством о несостоятельности вопросы более широкого использования и значимости переговоров о добровольной реструктуризации между должником и его кредиторами. Помимо рассмотрения требований внутреннего законодательства о несостоятельности, в *Руководство* включен текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководства по его принятию.

2. В *Руководстве* не предлагается единого для всех набора единообразных решений вопросов, имеющих ключевое значение для эффективности и действенности законодательства о несостоятельности, но оно помогает читателям оценить различные возможные подходы и выбрать один из них, наиболее подходящий в конкретных национальных или местных условиях. Первый раздел каждой главы *Руководства* содержит комментарий, в котором излагаются ключевые вопросы для рассмотрения и обсуждения, а также

анализируются различные подходы, принятые в рамках законодательства о несостоятельности. Во второй части каждой главы содержится ряд рекомендуемых законодательных принципов. Эти рекомендации предназначены для содействия в разработке законодательной основы для несостоятельности, которая одновременно отличалась бы эффективностью и действенностью и отражала нынешние события и тенденции в области несостоятельности. Читателю рекомендуется изучить рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых представлена подробная информация, для лучшего понимания этих рекомендаций и обсуждения не включенных в них вопросов. Ввиду важного значения обеспечения кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности и с учетом вопросов политики, связанных с применяемым к кредиторам режимом в рамках законодательства о несостоятельности, пользователям *Руководства* также рекомендуется обращаться к Руководству для законодательных органов по обеспеченным сделкам ЮНСИТРАЛ.

3. Включенные в *Руководство* рекомендации относятся к важнейшим вопросам, которые необходимо рассматривать в рамках законодательства, относящегося к несостоятельности. Они не затрагивают другие области права, которые, как это отмечается в тексте *Руководства*, оказывают воздействие как на структуру законодательства о несостоятельности, так и на производство по делу о несостоятельности, открытому в соответствии с этим законодательством. Кроме того, успешное соблюдение режима несостоятельности требует, помимо создания соответствующей законодательной структуры, различных мер, в особенности создания адекватной институциональной инфраструктуры, организационного потенциала, наличия опытных специалистов, а также необходимых людских и финансовых ресурсов. Хотя эти вопросы рассматриваются в комментарии, в рекомендациях для законодательных органов они в целом не раскрываются, за исключением случаев, когда они относятся к специалистам по делам о несостоятельности, назначенным для управления имущественной массой.

2. Глоссарий

A. Замечания по терминологии

4. Приводимые ниже термины предназначены для того, чтобы ориентировать читателя Руководства: многие термины, например "обеспеченный кредитор", "ликвидация" и "реорганизация", могут иметь принципиально разное значение в различных правовых системах, и включение в Руководство того или иного определения может способствовать обеспечению четкого и широкого понимания рассматриваемых в Руководстве понятий.

Ссылки в Руководстве на "суд"

5. Руководство основывается на предположении о том, что на протяжении всего производства по делу о несостоятельности за ним осуществляется надзор со стороны суда, что может предусматривать полномочия открывать производство по делу о несостоятельности, назначать управляющего в деле о несостоятельности, осуществлять надзор за его деятельностью и принимать решения в ходе такого производства. Хотя такой надзор может быть целесообразным в качестве общего принципа, можно рассмотреть и альтернативные случаи, когда, например, суды не в состоянии осуществлять работу по делам о несостоятельности (будь то по причине отсутствия ресурсов или необходимого опыта) или когда предпочтение отдается надзору со стороны какого-либо административного органа (см. часть первую, главу III, "Институциональные основы"). С учетом специфики этого процесса и задачи, выполняемой учреждением-посредником в рамках излагаемых в части первой,

главе II, административных процессов, предполагается, что такое учреждение не обязательно должно быть судом в значении этого термина в настоящем Руководстве.

6. Для упрощения текста в Руководстве слово "суд" используется таким же образом, что и в статье 2 e) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, для обозначения судебного или иного органа, компетентного осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности.

Ссылки на "законодательство"

7. Ссылки в Руководстве на "законодательство" являются ссылками на законодательство о несостоятельности, если не указано иного.

Правила толкования

8. Использование союза "или" не предполагает исключения других вариантов; использование единственного числа не исключает множественного числа; использование слов "включает" или "включая" не предполагает указания на исчерпывающий перечень; слово "может" указывает на разрешение, а слова "должен" и "следует" – предписание; слова "такие как" и "например" следует толковать таким же образом, как "включает" или "включая".

B. Термины и определения

Административные требования или расходы	Требования, которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, работающим по найму у управляющего в деле о несостоятельности, расходы в связи с продолжением деятельности должника; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций и полномочий, расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных обязательств, и расходы на производство.
[Активы должника	Имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в собственности, будь то находящейся или не находящейся во владении должника, материальной или нематериальной, движимом или недвижимом имуществе, включая интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, или в активах третьих сторон.]
[Взаимозачет	Одной из форм может быть зачет требований (см. "зачет требований") по неденежным однородным позициям (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в одну и ту же дату, – практика, именуемая урегулированием путем взаимозачета), а более важной формой является аннулирование контрагентом открытых контрактов с должником, после чего производится зачет потерь и прибылей с обеих сторон (окончательный взаимозачет).]
[Государственное предприятие	[*Будет дополнено*].]

[Государственный орган	Государство или государственное подразделение, включая министерства, ведомства, учреждения или другие представительные государственные органы.]
Должник	Физическое или юридическое лицо, которое занимается коммерческой деятельностью и которое удовлетворяет критериям для возбуждения производства по делу о несостоятельности.
Заинтересованные стороны	Должник, управляющий в деле о несостоятельности, кредитор, держатель акций, комитет кредиторов, государственный орган или любая иная сторона, чьи права, обязательства или интересы затрагиваются производством по делу о несостоятельности[1].
[Зачет требований	Ситуация, когда требование в отношении определенной денежной суммы, причитающейся определенному лицу, "зачитывается" (погашается) против требования другой стороны в отношении определенной денежной суммы, причитающейся с этого первого лица. Зачет требований может полностью или частично применяться в качестве возражения в отношении требования выплаты определенной денежной суммы.]
[Защита стоимости обремененных активов	Меры, направленные на сохранение экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые "надлежащей защитой"). Такая защита может иметь особое значение в тех случаях, когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов или даже когда стоимость обремененных активов превышает сумму обеспеченного требования, но стоимость обремененных активов уменьшается, и в конечном счете может быть недостаточной для удовлетворения обеспеченного требования. Такое уменьшение стоимости может затрагиваться применением моратория по отношению к обеспеченным кредиторам или использованием обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности. Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления альтернативного или дополнительного обеспечения или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту. В случае, когда стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного требования и ее сокращение маловероятно, необходимости в защите может и не возникнуть.]
Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности	Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может быть подано, среди прочего, должником, кредиторами или правительственным органом.

[1] Это определение не предусматривает включение лиц, имеющих отдаленные или неопределенные интересы, которые затрагиваются законодательством о несостоятельности или производством по делу о несостоятельности.

Имущественная масса в деле о несостоятельности	Активы и права должника, которые контролируются или за которыми осуществляет надзор управляющий в деле о несостоятельности и которые являются предметом производства по делу о несостоятельности.
Имущественная масса	См. имущественная масса в деле о несостоятельности.
Комитет кредиторов	Представительный орган, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности.
Ликвидация	Порядок объединения и обращения активов должника в денежные средства в целях их распределения в соответствии с законодательством о несостоятельности.
[Лицо, связанное с должником	Лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, в том числе руководитель или служащий какого-либо юридического лица, акционер или партнер такого юридического лица, руководитель, служащий или акционер какого-либо юридического лица, состоящий в родстве с должником, в том числе любой родственник такого лица; "родственник" лица, связанного с должником, означает супруга или супругу, родителей, бабку и деда, сына, дочь, брата или сестру лица, связанного с должником.]
[Мораторий на процессуальные действия	Мера, которая предотвращает возбуждение – или приостанавливает продолжение – судебных, администра-тивных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязанностей или обязательств должника, включая формализацию или 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.]
[Необеспеченный долг	Совокупная сумма требований, не подкрепляемых обеспечением.]
[Необеспеченный кредитор	Любой кредитор, который не обладает обеспечением, или любой обычный кредитор, который не имеет преимущественных прав.]
Несостоятельность	Ситуация, когда должник, как правило, не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов.
[Обеспеченное требование	Требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принимаемым в качестве гарантии по долгу, и которое может быть взыскано в случае неисполнения со стороны должника при наступлении срока погашения долга.]
[Обеспеченный долг	[Совокупная сумма обеспеченных требований] или [требования обеспеченных кредиторов].]

[Обеспеченный кредитор	Кредитор, являющийся держателем либо обеспечительного интереса, который полностью или частично охватывает активы должника, либо обеспечительного интереса в конкретных активах, предоставляющего кредитору приоритет по сравнению с другими кредиторами в отношении активов, служащих обеспечением.]
[Обеспечительный интерес	Предоставленное какой-либо стороной право или интерес, обязывающий эту сторону произвести платеж или исполнить обязательство. Независимо от того, был ли обеспечительный интерес создан добровольно, по соглашению, или принудительно в силу закона, он, как правило, включает ипотеку, залог, обременение и право удержания, но не ограничивается ими. "Ценные бумаги" означают любые акции, облигации или другие финансовые инструменты или активы (кроме денежной наличности), или интерес в них.]
Обремененные активы	Активы, в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес.
Обременительные активы	Активы, которые могут не иметь стоимости или иметь незначительную стоимость имущественной массы, например, когда активы обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства или ответственности по выплате денежной суммы.
Обычные коммерческие операции	Перечисления средств или операции, которые осуществляются в соответствии с коммерческими операциями до начала производства по делу о несостоятельности.
Освобождение от обязательств	Освобождение должника от обязательств, которые были или могли быть затронуты в ходе производства по делу о несостоятельности.
Открытие производства	Событие, определяющее дату, с которой начинают действовать последствия несостоятельности, или судебное решение об открытии производства по делу о несостоятельности, независимо от того, является ли такое решение окончательным.
Отчуждение	Любое средство передачи или разделения активов или интересов в активах, будь то полностью или частично.
Pari passu	Принцип, в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторам применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти требования удовлетворяются на пропорциональной основе из общей массы активов предприятия.
Переговоры о добровольной реструктуризации	Переговоры, которые не регулируются в рамках законодательства о несостоятельности и в которых, как правило, участвуют должник и несколько либо все его кредиторы.
[План реорганизации	План, с помощью которого финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены. Законодательство о

	несостоятельности может предусматривать, чтобы такой план представлялся различными сторонами (должником, кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности), и может требовать подтверждения этого плана судом после его одобрения требуемым числом кредиторов. В плане могут рассматриваться такие вопросы, как график осуществления данной процедуры, принимаемые обязательства, условия платежа и обеспечение, предоставляемое кредиторам, действия по расторжению сделок и режим в отношении неисполненных контрактов, включая контракты найма.]
[Подозрительный период	Период, к которому относятся некоторые сделки, которые могут подлежать расторжению. Этот период обычно рассчитывается ретроактивно от даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или от даты открытия этого производства.]
Положения о расторжении сделок	Положения, позволяющие по причинам, связанным с делом о несостоятельности, аннулировать сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы в общих интересах кредиторов или в интересах сохранения имущественной массы.
Последующее требование	Требование, возникающее в связи с действием или упущением, которое имеет место после открытия производства по делу о несостоятельности.
[Правила очередности	Правила, на основании которых предписывается распределение между кредиторами и акционерами.]
Предприятие	Любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2 f)].
[Преимущественное требование	Требование, подлежащее оплате за счет имеющихся активов до платежа общей массе необеспеченных кредиторов.]
Преференция	Сделка, осуществляемая несостоятельным должником, при которой кредитор приобретает или получает преимущества, превышающие его пропорциональную долю в активах должника.
[Приоритет	Преимущественное право какого-либо лица по отношению к праву другого лица и в той мере, в которой это уместно для такой цели, включает определение того, является ли это право личным или имущественным правом, является ли оно правом, обеспечивающим долг или иное обязательство, и были ли выполнены любые требования, необходимые для придания этому праву силы в отношении конкурирующего заявителя требования [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, статья 5].]

Продажа функционирующей хозяйственной единицы	Продажа или передача предприятия в целом или его существенной части в противоположность продаже отдельных активов предприятия.
Производство по делу о несостоятельности	Коллективное судебное или административное производство, целью которого является либо реорганизация, либо ликвидация коммерческого предприятия должника и которое ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности.
[Реорганизация	Процедура, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы.]
[Соглашение о взаимозачете	Соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или более из следующих действий: i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом; ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте (ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 l)].]
[Суперприоритет	Приоритет, имеющий своим результатом производство платежей по требованиям, к которым относится суперприоритет, до платежей по административным требованиям.]
Требование	Право требовать от должника денежные средства или активы, которое может основываться на долге или договоре, может быть на установленную или неустановленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемым или неоспариваемым, обеспеченным или необеспеченным, фиксированным или условным.
[Удержание правового титула	Положение договора поставки товаров, которое направлено на резервирование права собственности поставщика на товар до уплаты покупной цены.]
Управляющий в деле о несостоятельности	Лицо или орган, ответственный за управление имущественной массой.

[Финансовый договор	Означает любую сделку-спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 k)].]
Центр основных интересов	Место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе и которое по этой причине третьи стороны могут установить в качестве такового[2].

[2] Павило ЕС о производстве по делу о несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 года, декларативная часть (пункт 13).

Часть первая
Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

I. Введение

9. В тех случаях, когда должник не в состоянии выплатить свою задолженность и исполнить свои обязательства при наступлении сроков их погашения, правовые системы большинства стран предусматривают правовой механизм для удовлетворения на коллективной основе подлежащих погашению требований за счет всех активов (будь то материальных или нематериальных), принадлежащих должнику. Такой правовой механизм должен обеспечить учет целого ряда интересов: во-первых, интересов сторон, включая должника, собственников и администрацию должника, кредиторов, которые могут быть обеспечены в различной степени (в том числе налоговых органов и других государственных органов-кредиторов), служащих, гарантов задолженности и поставщиков товаров и услуг, а также правовых, коммерческих и социальных институтов и видов практики, которые имеют отношение к структуре законодательства о несостоятельности, включая институциональную основу, требующуюся для его функционирования. В целом, такой механизм должен обеспечивать баланс не только между разными интересами этих субъектов, но и между такими интересами и соответствующими социальными, политическими и другими основополагающими соображениями, которые влияют на экономические и правовые цели несостоятельности.

10. В правовых системах большинства стран существуют нормы, касающиеся различных видов производства (обозначаемых в настоящем Руководстве общим термином "производство по делу о несостоятельности"), которые могут быть возбуждены в целях устранения финансовых трудностей должника. Преследуя общую цель устранения финансовых трудностей должника, эти виды производства принимают ряд различных форм, в отношении которых не всегда используется единообразная терминология, и могут включать элементы, которые можно описать как "официальные" или "неофициальные". Официальное производство по делу о несостоятельности открывается в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируется таким законодательством. Оно, как правило, охватывает и ликвидационное, и реорганизационное производство. Неофициальные процедуры несостоятельности не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с добровольными переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Такие переговоры зачастую ведутся в рамках банковского и коммерческого секторов и, как правило, предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя такие добровольные переговоры не регулируются законодательством о несостоятельности, они тем не менее зависят в плане эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации (которые рассматриваются подробно ниже).

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

11. Хотя подходы стран разнятся, существует широкое согласие с тем, что эффективные и действенные режимы несостоятельности должны быть направлены на достижение ключевых целей, изложенных ниже. Какая бы

структура ни была выбрана для законодательства о несостоятельности, которая будет обеспечивать достижение этих ключевых целей, законодательство о несостоятельности должно дополнять правовые и социальные ценности общества – и быть совместимым с ними, – на которых оно основывается и которые оно должно в конечном счете поддерживать. Хотя законодательство о несостоятельности, как правило, устанавливает особый режим, оно не должно приводить к таким результатам, какие по существу противоречили бы предпосылкам, на которых основывается общее законодательство. Если законодательство о несостоятельности действительно стремится к достижению результата, отличающегося или по существу отходящего от норм общего законодательства (например, в отношении режима контрактов, аннулирования предыдущих актов и сделок или же режима прав обеспеченных кредиторов), весьма желательно, чтобы такой результат был получен после тщательного рассмотрения и проведения сознательной политики в этом направлении.

1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста

12. Законодательство о несостоятельности и учреждения, занимающиеся вопросами несостоятельности, имеют решающее значение для достижения странами преимуществ и избежания недостатков интеграции национальных финансовых систем в международные финансовые системы. Такие законодательство и учреждения должны содействовать реструктуризации жизнеспособных коммерческих предприятий и эффективной ликвидации и передаче средств разорившихся предприятий, облегчать предоставление финансовых средств для запуска и реорганизации предприятий, а также способствовать оценке кредитных рисков как на национальном, так и на международном уровнях. Следует стремиться к достижению указанных ниже ключевых целей законодательства о несостоятельности с общей целью обеспечения определенности на рынке и содействия экономической стабильности и росту.

2. Максимальное повышение стоимости активов

13. Участники производства по делу о несостоятельности должны иметь сильные стимулы для достижения максимальной стоимости активов, поскольку это будет способствовать распределению между кредиторами в целом больших сумм и уменьшению бремени несостоятельности. Достижению этой цели часто способствует обеспечение баланса между рисками, распределяемыми между сторонами, которые участвуют в производстве по делу о несостоятельности. Например, режим, установленный в отношении ранее заключенных сделок, может обеспечивать справедливый режим в отношении кредиторов и повышать стоимость активов должника посредством восстановления такой стоимости в интересах всех кредиторов. В то же время режим, предоставленный таким сделкам, может нанести ущерб предсказуемости договорных взаимоотношений, которые имеют важнейшее значение для инвестиционных решений, порождая напряженность между различными целями режима несостоятельности. Аналогичным образом, необходимо установить баланс между оперативной ликвидацией и более долгосрочными усилиями по реорганизации коммерческого предприятия, которая может обеспечить большую стоимость для кредиторов, между необходимостью в новых инвестициях для сохранения или повышения стоимости активов и последствиями новых инвестиций и связанных с ними издержками для существующих субъектов, а также между разными задачами, возлагаемыми на разных субъектов, в частности, с точки зрения дискреционных полномочий, которые могут осуществляться управляющим в деле о несостоятельности, и степенью, в которой кредиторы могут контролировать

осуществление таких дискреционных полномочий для гарантированного применения этой процедуры.

3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией

14. Первая цель максимального повышения стоимости активов тесно связана с балансом, который должен быть обеспечен в законодательстве о несостоятельности между ликвидацией и реорганизацией. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать баланс между преимуществами оперативного взыскания задолженности посредством ликвидации (чему часто отдают предпочтение обеспеченные кредиторы) и сохранением должника в качестве жизнеспособного коммерческого предприятия с помощью реорганизации (чему часто отдают предпочтение необеспеченные кредиторы). Достижение такого баланса может быть сопряжено с другими соображениями социальной политики, например с содействием развитию предпринимательства и защитой рабочих мест. Законодательство о несостоятельности должно включать в качестве альтернативы ликвидации возможность реорганизации должника, при которой кредиторы не будут принуждаться к согласию на получение меньших сумм, чем это было бы при ликвидации, а ценность должника для общества и кредиторов может быть максимально повышена путем создания условий для продолжения его деятельности. Это основывается на базовой экономической теории, согласно которой большая стоимость может быть получена за счет сохранения основных компонентов коммерческого предприятия, а не их разбивки и отчуждения частями. Чтобы исключить возможность злоупотребления производством по делу о несостоятельности со стороны либо кредиторов, либо должника и обеспечить наличие процедуры, наиболее подходящей для устранения финансовых трудностей должника, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать возможность преобразования при соответствующих обстоятельствах одного вида производства в другой.

4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении

15. Цель обеспечения справедливого режима основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих сходными юридическими правами, должен быть равным, а удовлетворение их требований должно происходить в соответствии с их относительным приоритетом и интересами. Справедливый режим строится на признании того, что отношение ко всем кредиторам не обязательно должно быть равным, но оно должно отражать условия различных сделок, заключенных ими с должником, хотя это обстоятельство становится менее значимым в качестве определяющего фактора тогда, когда не существует конкретного долгового договора с должником, например в случае, когда речь идет о заявителях требований, вытекающих из ущерба (например, экологического ущерба). В той мере, в какой справедливый режим модифицируется социальной политикой в отношении приоритета требований и должен уступать место прерогативам держателей требований или интересов, которые возникают, например, в силу закона, принцип справедливого режима сохраняет свою значимость, поскольку обеспечивает, чтобы приоритет, предоставляемый требованиям одной категории, в одинаковой степени затрагивал всех, кто входит в эту категорию. Политика обеспечения справедливого режима охватывает многие аспекты законодательства о несостоятельности, включая применение моратория или приостановления действий, положения, касающиеся аннулирования актов и сделок и восстановления стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности, классификацию требований, процедуры голосования при реорганизации и механизмы распределения. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать пути решения проблем

мошенничества и фаворитизма, которые могут возникать в случаях тяжелого финансового положения, посредством обеспечения, например, возможности признания недействительными актов и сделок, наносящих ущерб справедливому режиму в отношении кредиторов.

5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности

16. Необходимо обеспечивать упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование дел о несостоятельности, с тем чтобы избегать излишнего нарушения деловых операций и деятельности должника, а также содействовать минимизации издержек, связанных с производством по делу. Обеспечение своевременного и эффективного управления будет способствовать достижению цели максимального повышения стоимости активов, тогда как беспристрастность способствует достижению цели установления справедливого режима. Необходимо тщательно рассмотреть всю процедуру для обеспечения максимальной эффективности и недопущения ущерба гибкости. В то же время такая процедура должна сосредоточиваться на достижении цели ликвидации нежизнеспособных и неэффективных коммерческих предприятий и сохранении эффективных, потенциально жизнеспособных коммерческих предприятий.

17. Оперативному и упорядоченному устранению финансовых трудностей должника может способствовать законодательство о несостоятельности, которое обеспечивает беспрепятственный доступ к производству по делу о несостоятельности путем ссылки на ясные и объективные критерии, предусматривает удобные способы обнаружения, получения, сохранения и восстановления активов и прав, которые должны использоваться в целях выплаты задолженности и исполнения обязательств должника, облегчает участие должника и его кредиторов при наименьших, по возможности, задержках и затратах, устанавливает надлежащую структуру для надзора за этим производством и управления им (включая как специалистов, так и участвующие учреждения), а также обеспечивает в качестве конечного результата эффективное исполнение финансовых обязательств должника.

6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами

18. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать сохранение имущественной массы и предотвращать преждевременное расчленение активов должника в результате действий отдельных кредиторов, направленных на возвращение отдельных долгов. Такие действия зачастую уменьшают общую стоимость совокупности активов, которые могут использоваться для удовлетворения всех требований к должнику, и могут исключать реорганизацию или продажу коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Мораторий на действия кредиторов дает должникам передышку, позволяя надлежащим образом изучить свое финансовое положение и способствуя как максимизации стоимости имущественной массы, так и обеспечению справедливого режима для кредиторов. Возможно, потребуется предусмотреть некий механизм, который не допускал бы ущемления прав обеспеченных кредиторов в результате моратория.

7. Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации

19. Законодательство о несостоятельности должно быть прозрачным и предсказуемым. Это позволит потенциальным заимодателям и кредиторам понять, каким образом действует законодательство о несостоятельности, и оценить риски, связанные с их положением в качестве кредиторов в случае

несостоятельности. Это будет способствовать стабильности в коммерческих отношениях и облегчит кредитование и инвестирование при меньших затратах для учета рисков. Прозрачность и предсказуемость также позволят кредиторам уточнять приоритеты, предотвращать возникновение споров путем обеспечения основы, на которой могут оцениваться относительные права и риски, а также помогут определению пределов любых дискреционных полномочий. Непредсказуемое применение законодательства о несостоятельности может подорвать не только доверие всех участников к производству по делу о несостоятельности, но и их готовность принимать кредитные и другие инвестиционные решения. Насколько это возможно, законодательство о несостоятельности должно ясно указывать на все положения другого законодательства, которые могут влиять на ведение производства по делу о несостоятельности (например, трудового права; коммерческого и договорного права; налогового права; права, затрагивающего иностранные валюты, взаимозачет и зачет требований, свопы задолженности на акции; и даже брачно-семейного права).

20. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать наличие достаточной информации о положении должника, устанавливая стимулы, побуждающие должника раскрывать информацию о своем положении, или, в надлежащих случаях, санкции за его бездействие. Наличие такой информации позволит тем, кто несет ответственность за управление производством по делу несостоятельности и осуществление надзора над ним (суды или административные органы, управляющий в деле о несостоятельности), и кредиторам оценить финансовое положение должника и найти наиболее целесообразное решение.

8. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований

21. Признание и обеспечение соблюдения в рамках производства по делу о несостоятельности разных прав, которыми кредиторы обладают вне процедуры несостоятельности, будут способствовать определенности на рынке, особенно в отношении прав и приоритетов обеспеченных кредиторов, и облегчать предоставление кредитов. Ясные правила, касающиеся установления порядка очередности как для существующих требований кредиторов, так и для их требований, возникших после открытия производства, имеют важное значение в плане обеспечения предсказуемости для заимодателей, последовательного применения этих правил, а также уверенности в этой процедуре и возможности для всех участников принимать надлежащие меры по управлению рисками. В максимально возможной степени такие приоритеты должны основываться на коммерческих сделках и не отражать социальные и политические интересы, которые сопряжены с вероятностью искажения итогов несостоятельности. Следует избегать предоставления приоритета требованиям, которые не основываются на коммерческих сделках.

9. Создание основ для трансграничной несостоятельности

22. Для содействия координации между различными правовыми системами и облегчения предоставления помощи в ведении производства по делу о несостоятельности, открытого в какой-либо зарубежной стране, законодательство о несостоятельности должно содержать нормы о трансграничной несостоятельности, включая признание иностранного производства, что может быть обеспечено путем принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[3].

[3] См. главу VII.

B. Установление баланса между ключевыми целями

23. Поскольку режим несостоятельности не может в полной мере защищать интересы всех сторон, выбор некоторых ключевых вариантов политики, который должен быть сделан при разработке законодательства о несостоятельности, относится к определению широких целей такого законодательства (спасение коммерческих предприятий, испытывающих финансовые трудности, сохранение рабочих мест, защита интересов кредиторов, содействие развитию предпринимательства) и достижению желательного баланса между конкретными целями, указанными выше. Законодательство о несостоятельности обеспечивает такой баланс путем перераспределения рисков, связанных с несостоятельностью, таким образом, чтобы это соответствовало экономическим, социальным и политическим целям страны. Производство по делу о несостоятельности как таковое может иметь распространенные последствия в более широкой экономике.

24. Первая задача любого законодательства о несостоятельности заключается в установлении принципиальных основ, которые определяют, каким образом следует управлять имуществом несостоятельного должника в интересах всех затрагиваемых сторон. Создание таких основ и их интеграция в более широкий юридический процесс являются жизненно важными для поддержания общественного порядка и стабильности. Все стороны должны быть в состоянии предвидеть, каким образом будут затронуты их юридические права в случае неспособности должника осуществлять платежи или производить полные платежи, которые причитаются этим сторонам. Это позволяет и кредиторам, и инвесторам в акции определять экономические последствия неисполнения должником своих обязательств и тем самым оценивать возникающие для них риски. Такие вопросы подробно рассматриваются в настоящем *Руководстве*.

25. Универсального решения в отношении структуры законодательства о несостоятельности не существует, поскольку имеются значительные различия между странами с точки зрения их нужд, а также в их законодательстве, касающемся других вопросов, которые имеют определяющее значение для несостоятельности, таких как обеспечительные интересы[4], имущественные и договорные права, средства правовой защиты и процедуры принудительной реализации. Хотя универсального решения может и не быть, законодательство о несостоятельности большинства стран регулирует широкий спектр вопросов, возникающих в связи с данными ключевыми целями, хотя и с разной направленностью и в разной степени. Законодательство одних стран способствует более надежному признанию и принудительной реализации прав и коммерческих сделок кредиторов в случае несостоятельности и предоставляет больший контроль над производством по делу о несостоятельности кредиторам, чем должнику (что иногда именуется режимом, "благоприятствующим кредиторам"). Законодательство других стран склоняется к предоставлению большего контроля над таким производством должнику (что именуется режимом, "благоприятствующим должникам"), тогда как в третьих странах оно направлено на обеспечение баланса между такими режимами. Законодательство некоторых стран придает большее значение ликвидации предприятия-должника для устранения неэффективных и некомпетентных игроков с рынка, тогда как законодательство других стран отдает предпочтение реорганизации. Опора на реорганизацию может служить достижению ряда различных целей: в качестве

[4] В последние годы предприняты шаги по согласованию законодательства в отношении обеспечительных интересов, например, приняты Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 год) и Конвенция ЮНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, и в рамках ЮНСИТРАЛ разрабатывается Руководство для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

средства повышения суммы требований кредиторов в рамках функционирующей хозяйственной единицы, предоставляя дополнительную возможность акционерам и руководителям предприятия-должника; для обеспечения эффективных стимулов к тому, чтобы предприниматели и управляющие использовали надлежащие подходы к регулированию рисков; или для защиты уязвимых групп лиц, таких как служащие должника, от последствий коммерческого провала[5]. В законодательстве ряда стран особое внимание уделяется защите служащих и сохранению рабочих мест при несостоятельности, тогда как в законодательстве других стран предусматривается сокращение предпринимательской деятельности с обеспечением служащим минимальной защиты.

26. Вместе с тем применение подхода, благоприятствующего реорганизации, не должно приводить к созданию "безопасного убежища" для умирающих предприятий: предприятия, которые нельзя спасти, должны быть ликвидированы настолько оперативно и эффективно, насколько это возможно. В той мере, в какой некоторые интересы могут рассматриваться как имеющие более низкий приоритет, чем другие интересы, создание механизмов за рамками законодательства о несостоятельности может являться лучшим решением, чем попытки учесть такие интересы в рамках режима несостоятельности. Например, если как вопрос политики принято решение о предоставлении требованиям служащих более низкого статуса, чем требованиям обеспеченных и приоритетных кредиторов в деле о несостоятельности, то для зашиты прав служащих могут использоваться механизмы страхования.

27. Поскольку общество находится в процессе постоянного развития, законодательство о несостоятельности не может быть статичным, но требует переоценки через регулярные промежутки времени для обеспечения того, чтобы оно отвечало текущим нуждам общества. Отклики на осознаваемые социальные изменения сопряжены с принятием решений, в которых могут учитываться оптимальные виды международной практики и которые могут предусматривать включение таких видов практики в национальные режимы несостоятельности, с учетом реальностей системы и имеющихся людских и материальных ресурсов.

C. Общие черты законодательства о несостоятельности

28. Разработка эффективного и действенного законодательства о несостоятельности предполагает рассмотрение общей совокупности вопросов, относящихся как к правовым основам (материальные и процессуальные права и обязательства сторон), так и к институциональным основам (для осуществления таких прав и обязательств), которые являются необходимыми. Вопросы существа, которые подробно рассматриваются в части второй настоящего *Руководства*, включают:

[5] Между режимом несостоятельности, благоприятствующим должникам или кредиторам, опорой на ликвидацию или реорганизацию и последующим успехом или неудачей реорганизации не обязательно существует прямая связь. Хотя подробное обсуждение этих вопросов выходит за рамки настоящего Руководства, они имеют важное значение для структуры режима несостоятельности и заслуживают рассмотрения. Хотя число случаев успешной реорганизации существенно разнится между теми режимами, которые квалифицируются как благоприятствующие кредиторам, проведенные исследования, как представляется, указывают на то, что не обязательно является верным предположение о том, что режимы, благоприятствующие кредиторам, ведут к меньшему числу случаев успешной реорганизации или к менее успешной реорганизации, чем режимы, благоприятствующие должникам.

a) определение должников, в отношении которых может осуществляться производство по делу о несостоятельности, включая тех должников, которые могут требовать специального режима несостоятельности;

b) определение момента времени, в который может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может ходатайствовать об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии, касающиеся открытия производства, отличаться друг от друга в зависимости от того, какая сторона обращается с ходатайством об открытии производства;

c) определение степени, в которой должнику следует позволить сохранить контроль над коммерческим предприятием после открытия производства по делу о несостоятельности, или же его следует отстранить от ведения дел и назначить независимую сторону (в настоящем *Руководстве* содержится ссылка на управляющего в деле о несостоятельности) для контроля над предприятием должника и управления им, а также определение различия, которое должно быть проведено между ликвидацией и реорганизацией в связи с этим;

d) обеспечение защиты активов должника от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам, и определение того, каким образом экономическая стоимость обеспечительного интереса может быть защищена в ходе производства по делу о несостоятельности;

e) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может решать судьбу контрактов, заключенных должником до открытия производства, по которым и должник, и его контрагент не исполнили свои соответствующие обязательства полностью;

f) определение степени, в которой права на зачет требований или взаимозачет могут быть реализованы или защищены, несмотря на открытие производства по делу о несостоятельности;

g) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, входящие в имущественную массу, или распоряжаться ими;

h) определение степени, в которой управляющий в деле о несостоятельности может расторгать определенные виды сделок, приводящих к причинению ущерба интересам кредиторов;

i) в случае реорганизации подготовку плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость, в отношении содержания такого плана, определение того, кто будет разрабатывать план, а также условий, необходимых для его утверждения и осуществления;

j) определение статуса кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации;

k) осуществление плана реорганизации;

l) распределение поступлений от ликвидации;

m) освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия при ликвидации; и

n) завершение производства.

29. Помимо этих конкретных тематических областей, более общий вопрос, который надлежит рассмотреть, заключается в том, каким образом законодательство о несостоятельности будет соотноситься с другими

материально-правовыми нормами и повлечет ли за собой законодательство о несостоятельности фактически внесение изменений в такие нормы. Соответствующие нормы могут включать нормы трудового законодательства, которые предусматривают определенные виды защиты служащих, нормы законодательства, которые ограничивают возможность зачета требований и взаимозачета, нормы, которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акции, и нормы, которые предусматривают меры контроля за использованием иностранной валюты и иностранных инвестиций, что может влиять на содержание плана реорганизации (см. договоры найма и служащие, часть вторая, главы II.B и V.B; зачет требований и взаимозачет, часть вторая, главы G и H; и содержание плана реорганизации, часть вторая, глава IV).

30. Хотя институциональные основы не рассматриваются подробно в настоящем Руководстве, некоторые из этих вопросов затрагиваются ниже. Невзирая на большое разнообразие материально-правовых вопросов, которые должны быть решены, законодательство о несостоятельности в значительной мере является процессуальным по своему характеру. Структура процессуальных норм играет решающую роль в определении того, какие функции следует возложить на различных участников, особенно с точки зрения принятия решений. В той степени, в какой законодательство о несостоятельности возлагает на институциональную инфраструктуру значительную ответственность за принятие ключевых решений, весьма важно, чтобы такая инфраструктура была в достаточной мере развита для выполнения требуемых функций.

II. Механизм устранения финансовых трудностей должника

A. Переговоры о добровольной реструктуризации

31. Переговоры о добровольной реструктуризации стали применяться несколько лет тому назад в банковском секторе в качестве альтернативы официальному реорганизационному производству по делу о несостоятельности. Такие переговоры, которые проводят и на которые воздействуют банки и финансовые учреждения, действующие на мировом рынке, постепенно получили распространение в значительном числе юрисдикций, хотя частота их использования разнится: как сообщается, в некоторых юрисдикциях они используются редко, тогда как в других реорганизация в большинстве случаев проводится путем таких переговоров. До некоторой степени эти результаты могут отражать существование (или отсутствие) того, что иногда называется "культурой санации", то есть степенью, в которой участники считают этот вид переговоров, по всей вероятности, успешными, независимо от формального отсутствия черт производства согласно законодательству о несостоятельности, например моратория.

32. Использование переговоров о добровольной реструктуризации в целом ограничивалось случаями возникновения у компаний финансовых трудностей или их несостоятельности, когда речь идет о значительной задолженности банкам и финансовым учреждениям. Эти переговоры направлены на обеспечение соблюдения договорных соглашений как между самими кредиторами, так и между кредиторами и должником в отношении реструктуризации предприятия-должника при изменении порядка финансирования или без такого изменения. Это может явиться средством обеспечения гибкости режима несостоятельности путем снижения необходимости в судебной инфраструктуре, содействия более заблаговременному и эффективному принятию ответных мер кредиторами, чем это было бы обычно возможным в рамках официального производства по делу о

несостоятельности, и избежания стигматизации, с которой часто связана несостоятельность. Успех таких переговоров, хотя они и не основываются на положениях законодательства о несостоятельности или не полагаются на такие положения, в значительной степени зависит от существования и наличия эффективного и действенного законодательства о несостоятельности и вспомогательной институциональной основы[6] при установлении санкций, которые могут способствовать успешным добровольным переговорам. Если должник и его банк и финансовые кредиторы не воспользуются возможностью для объединения и добровольного проведения переговоров, этот должник или кредиторы могут применить законодательство о несостоятельности, что сопряжено с вероятностью причинения ущерба интересам как должника, так и его кредиторов, с точки зрения задержек, издержек и результатов.

33. Хотя это не регулируется законодательством о несостоятельности, многие правовые системы предусматривают, что должник может заключить соглашения или договоренности с некоторыми из его кредиторов, причем такие соглашения или договоренности могут регулироваться, например, договорным правом, законодательством о компаниях или коммерческим правом, или же гражданско-процессуальным правом, или в некоторых случаях соответствующими банковскими правилами. Вместе с тем существует несколько юрисдикций, в которых не допускается заключение соглашений или договоренностей, направленных на реструктуризацию предприятия-должника и его долгов, вне рамок судебной системы или же законодательства о несостоятельности. Законодательство некоторых стран будет рассматривать шаги, связанные с такими переговорами о добровольной реструктуризации, как достаточные для того, чтобы суды сделали заявление о несостоятельности. Аналогичным образом, в ряде юрисдикций, поскольку они возлагают на должника обязательства открыть официальное производство по делу о несостоятельности в течение определенного времени после конкретно указанного события несостоятельности, проведение таких добровольных переговоров ограничивается обстоятельствами, при которых формальные условия для открытия производства не были соблюдены. Тем не менее предполагается, что банки и другие кредиторы в этих правовых системах часто используют различные методы для достижения реорганизации должников в определенной форме.

1. Необходимые предварительные условия

34. Переговоры о добровольной реструктуризации зависят в плане эффективности от ряда хорошо определенных первоначальных предпосылок. Эти предпосылки могут включать:

a) значительную сумму долга, который причитается ряду кредиторов, являющихся крупными банками или финансовыми учреждениями;

b) возникшую неспособность должника погашать такой долг;

c) согласие с мнением о том, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между должником и финансовыми учреждениями, а также между самими финансовыми учреждениями для устранения финансовых трудностей должника;

d) применение относительно совершенных методов рефинансирования, создания обеспечения, а также других коммерческих методов, которые могут использоваться для изменения, реорганизации или реструктуризации задолженности должника или самого должника;

---

[6] Вопросы институциональной инфраструктуры рассматриваются в разделе III, ниже.

e) санкцию, предусматривающую, что если процесс переговоров не может быть начат или прерывается, то можно оперативно и эффективно прибегать к законодательству о несостоятельности;

f) вероятность получения больших выгод всеми сторонами в результате процесса переговоров, чем путем прямого и непосредственного применения положений законодательства о несостоятельности (отчасти потому, что в данном случае результат поддается контролю участвующих в переговорах сторон, и такой процесс является менее дорогостоящим и может быть проведен быстро, без нарушения деловых операций должника);

g) то обстоятельство, что должнику не требуются освобождение от коммерческих долгов или выгоды от официальной несостоятельности, такие как автоматический мораторий или способность отклонять обременительные долги; и

h) благоприятный или нейтральный налоговый статус при реорганизации как в юрисдикции должника, так и в юрисдикциях иностранных кредиторов.

2. Основные процедуры

35. Для того чтобы быть эффективными, переговоры о добровольной реструктуризации требуют принятия ряда различных мер и обладания рядом профессиональных навыков. Основные элементы такой процедуры рассматриваются ниже.

a) Начало переговоров

36. Добровольные переговоры по существу сопряжены с согласованием действий должника и кредиторов или, по меньшей мере, основных кредиторов, один или несколько из которых должны начать переговоры (поскольку нельзя полагаться на какой-либо закон или посредника для начала, обязательного ведения или содействия этим переговорам). Должник может и не испытывать желания начинать диалог с кредиторами или по крайней мере со всеми его кредиторами, а кредиторы, хотя и испытывают озабоченность в связи со своим положением, могут проявлять незначительный интерес к коллективным переговорам. Именно в такой момент наличие и эффективность средств защиты, связанных с индивидуальными кредиторами, или официального производства по делу о несостоятельности могут использоваться для поощрения начала и дальнейшего ведения таких переговоров. Должник, который по-прежнему проявляет нежелание участвовать, может оказаться объектом действий, направленных на погашение индивидуального долга, на принудительную реализацию обеспечения либо даже на производство по делу о несостоятельности, которое он не будет в состоянии выиграть или задержать. В то же время кредиторы могут также оказаться объектом официального производства по делу о несостоятельности, которое фактически лишает их возможности принудительно реализовать свои индивидуальные права и которое может и не представлять собой оптимальную процедуру для возвращения им долга. Поэтому создание форума, на котором должник и кредиторы могут объединить свои усилия для изучения возможности и проведения переговоров с целью заключения договоренности, направленной на устранение финансовых трудностей должника, имеет решающее значение.

b) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета

37. Добровольные переговоры потребуют участия всех ключевых заинтересованных кругов; как правило, решающую роль в таких переговорах играет группа заимодателей и иногда группа основных кредиторов, которые

могут затрагиваться соглашением о добровольной реструктуризации. Для оптимальной координации хода переговоров зачастую назначается основной кредитор, обеспечивающий руководство, организацию, управление и администрацию. Такой кредитор обычно подотчетен комитету, который представляет интересы всех кредиторов (руководящий комитет) и может обеспечивать содействие и выступать в качестве органа для изучения предложений в отношении должника.

c) Согласование "паузы"

38. В целях продолжения деловых операций и обеспечения достаточного времени для получения и оценки информации о должнике, а также для разработки и оценки предложений по устранению финансовых трудностей должника, может требоваться договорное соглашение о приостановлении неблагоприятных действий как должником, так и основными кредиторами. Такое соглашение, как правило, должно действовать в течение определенного, обычно краткого, периода времени, если только оно не является ненадлежащим в каком-либо конкретном случае.

d) Привлечение консультантов

39. Попытки провести добровольную реструктуризацию без участия независимых экспертов и консультантов по различным областям знаний (например, в областях права, бухгалтерского учета, финансов и регулирования предпринимательской деятельности, маркетинга) предпринимаются весьма редко, если они предпринимаются вообще. Хотя можно предположить, что такое участие будет вести к возникновению излишних издержек и вмешательству в дела должника и кредиторов, а также к потере контроля, как правило, оно является необходимым для обеспечения предоставления информации, проверенной на независимой основе, а также профессиональной разработки планов в отношении рефинансирования, реструктуризации, управления и функционирования, которые имеют весьма важное значение для успеха таких переговоров.

e) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности

40. Должнику, который становится кандидатом для участия в переговорах о добровольной реструктуризации, зачастую будет требоваться сохранение доступа к созданным кредитным линиям или к предоставлению новых кредитов. Предоставление кредитов существующими обеспеченными кредиторами может и не представлять собой проблему. Однако, если такой возможности нет и если требуются новые кредиты, могут возникать трудности в гарантировании последующего возвращения новых кредитов в случае неудачи переговоров. Хотя этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с законодательством о несостоятельности путем предоставления некоторой формы приоритета такому ведущемуся кредитованию (см. часть вторую, главу II.D), такое законодательство, как правило, не будет распространяться на соглашение, достигнутое посредством добровольных переговоров.

41. Тем не менее те кредиторы, которые участвуют в добровольных переговорах, могут достичь соглашения о том, что если один или несколько из них предоставляют новые кредиты, то другие кредиторы будут отодвигать свои требования, с тем чтобы создать возможность погашения новых кредитов до удовлетворения их требований. Таким образом, во взаимоотношениях между такими кредиторами будет достигнуто договорное соглашение о возвращении новых кредитов в случае успешных переговоров о реструктуризации. Однако в случае неудачи таких переговоров и ликвидации предприятия-должника кредитор, который предоставил новый кредит, может остаться с необеспеченным

требованием (если только не было создано обеспечение) и получить лишь частичный платеж наряду с другими необеспеченными кредиторами.

f) Доступ к информации о должнике

42. Для надлежащей оценки финансового положения должника и любых предложений для представления соответствующим кредиторам решающее значение имеет доступ к полной и надежной информации о должнике. Информация, касающаяся активов, обязательств и деловых операций должника, должна предоставляться всем соответствующим кредиторам, однако может потребоваться, чтобы такая информация рассматривалась как конфиденциальная, если только она не является уже открытой для публичного доступа.

g) Отношения с кредиторами

43. Сложный характер интересов кредиторов зачастую представляет собой существенные проблемы для добровольных переговоров. Учет этих разных интересов и убеждение тех кредиторов, которые уже предприняли действия по возвращению долгов и принудительной реализации своих прав в отношении должника, в том, что им следует участвовать в переговорах, могут быть возможными только в том случае, если существует перспектива получения более оптимального результата с помощью этих переговоров или же если угроза открытия официального производства по делу о несостоятельности будет сдерживать кредиторов от реализации своих индивидуальных прав.

44. Вместе с тем во многих случаях привлечение каждого кредитора к переговорам не представляется возможным (или фактически необходимым) либо из-за их числа и весьма разных интересов, либо вследствие неэффективности привлечения кредиторов, которым причитаются лишь небольшие суммы денежных средств или которые не обладают специальными познаниями в области коммерческой деятельности либо не будут эффективно участвовать в переговорах. Хотя кредиторы, входящие в эти категории, зачастую могут быть оставлены за рамками переговоров, их нельзя игнорировать, поскольку они могут играть важную роль в продолжении операций коммерческого предприятия (в качестве поставщиков важных товаров или услуг или в качестве участников важных этапов производственного процесса должника), причем не существует правил, которые могут принуждать таких кредиторов к согласию с решением, принятым большинством кредиторов.

45. Весьма часто при переговорах о добровольной реструктуризации коммерческие и мелкие кредиторы получают платеж полностью. Хотя это предполагает наличие неравного статуса, это может иметь коммерческий смысл для группы крупных кредиторов. Альтернативный подход заключается в достижении с основными кредиторами соглашения по плану реструктуризации, а затем в использовании такого плана в качестве основы для официальной реорганизационной процедуры под надзором суда, в которой участвуют другие кредиторы (такой план иногда именуется "заранее разработанным" планом, а в настоящем Руководстве – ускоренным реорганизационным производством – см. часть вторую, главу IV.B). Затем такой план может стать обязательным для других кредиторов. Без эффективного официального режима несостоятельности этот результат при таких условиях не может быть достигнут.

3. Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации

46. Для содействия проведению переговоров о добровольной реструктуризации и, в частности, для решения вышеуказанных проблем в контексте сложных многонациональных коммерческих предприятий, ряд организаций разработали принципы и рекомендации, не носящие обязательного

характера. Один из таких подходов называется "лондонским подходом", который основывается на не имеющих обязательного характера рекомендациях, выносимых Банком Англии коммерческим банкам. Банкам настоятельно предлагается проявлять благоприятное отношение к своим должникам, которые сталкиваются с финансовыми трудностями. Решения относительно долгосрочного будущего должника должны приниматься только на основе всеобъемлющей информации, распространяемой среди всех банков и других сторон, которые будут участвовать в достижении любого соглашения о будущем должника. Промежуточному финансированию способствуют соглашения о временном отказе от принятия мер и о субординации, а банки действуют совместно с другими кредиторами с целью достижения общего мнения по вопросу о том, следует ли и на каких условиях сохранять финансовую жизнеспособность предприятия-должника. Аналогичные рекомендации были разработаны центральными банками других стран. Международной организацией, которая провела работу в этой области, является ИНСОЛ (Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности), разработавшая *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Принципы предназначены для упрощения добровольных переговоров о реструктуризации и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил.

B. Виды производства по делу о несостоятельности

47. Для законодательства о несостоятельности большинства стран общими являются два основных вида производства: реорганизация и ликвидация.

48. Традиционное различие, или разница, между этими двумя видами производства может быть несколько искусственным и приводить к излишней поляризации и негибкости. Оно не учитывает, например, случаи, которые нелегко отнести к противоположным частям спектра, то есть случаи, в которых гибкий подход к финансовому положению должника, по всей вероятности, позволит достичь в интересах как должника, так и кредиторов, наилучших результатов с точки зрения максимизации стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности. В некоторых случаях термин "реорганизация" используется, например, для обозначения конкретного способа сохранения и возможного увеличения стоимости имущественной массы в контексте ликвидационного производства, то есть в случаях, когда законодательство предусматривает проведение ликвидации путем передачи коммерческого предприятия другому юридическому лицу в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В такой ситуации термин "реорганизация" указывает лишь на применение какого-либо иного метода, помимо традиционной ликвидации (то есть прямой продажи по частям или реализации активов), которая используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации имущественной массы. Для такой продажи или реализации законодательство о несостоятельности должно включать элемент гибкости, которая, как правило, отсутствует в законодательстве, где ликвидация определяется как продажа активов в возможно более краткие сроки и где коммерческая деятельность может продолжаться только для этих целей. Например, законодательством ряда стран управляющему в деле о несостоятельности фактически предоставляются полномочия на осуществление более выгодной продажи или реализации активов должника, чем это было бы в случае ликвидации. Аналогичным образом, реорганизация может требовать продажи значительных частей коммерческого предприятия должника,

предусматривать последующую ликвидацию либо продажу предприятия какой-либо другой компании или же роспуск существующей компании должника.

49. По этим причинам целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало нечто большее, чем просто выбор между одним узко определенным видом реорганизации и строго традиционной ликвидацией. Поскольку понятие реорганизации может быть сопряжено с целым рядом договоренностей, целесообразно, чтобы в законодательстве о несостоятельности использовался подход, который не является предписывающим и который поддерживает договоренности, позволяющие достичь такого результата, какой предусматривает предоставление большей стоимости кредиторам, чем в случае ликвидации должника.

50. Когда речь идет об основных положениях эффективного и действенного режима несостоятельности, настоящее *Руководство* сосредоточивается на реорганизационном производстве, с одной стороны, и ликвидационном производстве – с другой. Однако принятие этого подхода не призвано указывать на то, что предпочтение отдается какому-либо конкретному производству или же тому, каким образом различное производство должно быть отражено в законодательстве о несостоятельности. Напротив, в *Руководстве* прослеживается стремление сопоставить и противопоставить основные элементы различных видов производства и содействовать использованию подхода, который сосредоточивается на максимизации результата для сторон, участвующих в производстве по делу о несостоятельности, а не на строгом определении видов производства. Это может быть достигнуто путем разработки такой структуры законодательства о несостоятельности, которая включала бы традиционные официальные элементы таким образом, чтобы это способствовало обеспечению максимальной гибкости.

1. Реорганизационное производство

51. Реорганизация является одним из средств устранения финансовых трудностей должника, призванным сохранить компанию, а если это невозможно, то предприятие. Такая процедура может принимать одну из нескольких форм и более существенно различаться в плане концепции, признания и применения, чем ликвидация. В целях упрощения пользования термин "реорганизация" используется в *Руководстве* в широком смысле для обозначения того вида производства, конечная цель которого заключается в создании условий, позволяющих должнику преодолеть свои финансовые трудности и возобновить или продолжить обычные коммерческие операции (даже хотя в некоторых случаях это может приводить к уменьшению масштабов деятельности коммерческого предприятия, его продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы другой компании или его последующей ликвидации).

52. Не все должники, которые совершают ошибки или сталкиваются с серьезными финансовыми трудностями на конкурентном рынке, должны быть ликвидированы в обязательном порядке; должнику с разумными перспективами дальнейшей деятельности (например, должнику, который располагает потенциально доходным предприятием) следует предоставить такую возможность, если можно показать, что большую ценность (и, следовательно, большую выгоду для кредиторов в долгосрочном плане) представляет собой сохранение основного предприятия и других составных частей должника. Реорганизационное производство призвано дать должнику некоторую "передышку", с тем чтобы он мог преодолеть свои временные трудности с ликвидностью или более постоянную чрезмерную задолженность, и, в случае необходимости, дать ему возможность реструктурировать свои операции и отношения с кредиторами. Если реорганизация является возможной, то в целом кредиторы отдадут предпочтение ей при условии, что стоимость, полученная в

результате продолжения функционирования коммерческого предприятия должника, повысит стоимость их требований. Вместе с тем реорганизация не подразумевает, что все субъекты должны быть полностью защищены или что их финансовое или коммерческое положение должно быть восстановлено в такой степени, какая была бы достигнута в случае ненаступления несостоятельности. Она не подразумевает, что предприятие должника будет полностью восстановлено или что его кредиторы получат платежи в полном размере, или что собственники и управляющие несостоятельного должника сохранят свое соответствующее положение. Руководящее звено может быть ликвидировано или заменено, стоимость акций акционеров может быть сведена к нулю, служащие могут попасть под сокращение, а источник рынка для поставщиков может исчезнуть. Однако в целом реорганизация подразумевает, что, какая бы форма плана, схемы или договоренности ни была согласована, кредиторы в конечном счете получат больше, чем в случае ликвидации предприятия должника.

53. Дополнительные факторы, поддерживающие использование реорганизации, обусловливаются, в частности, тем, что современная экономика значительно уменьшила степень, в которой может быть максимизирована стоимость активов должника посредством ликвидации. В тех случаях, когда технические специальные познания и хорошая репутация являются более важными, чем физические активы, сохранение людских ресурсов и деловых взаимоотношений представляет собой существенно важный элемент стоимости, который нельзя реализовать посредством ликвидации. Кроме того, более вероятно, что долгосрочные экономические выгоды будут получены с помощью реорганизационного производства, поскольку оно побуждает должников к принятию мер до того, как их финансовые трудности станут более серьезными. И наконец, существуют социальные и политические соображения, обусловливающиеся возможностью реорганизационного производства, которые защищают, например, служащих попавшего в затруднительное положение должника.

54. Реорганизация может принимать ряд различных форм. Они могут включать простое соглашение относительно задолженности (называемое мировым соглашением) в тех случаях, когда, например, кредиторы соглашаются получить определенную процентную долю причитающейся им задолженности в порядке полного и окончательного погашения их требований к должнику. Таким образом, размер задолженности сокращается, а должник становится состоятельным и может продолжать свою деятельность. Они могут быть также сопряжены со сложной реорганизацией, в рамках которой, например, производится реструктуризация задолженности (например, путем продления сроков кредитования и периода времени, в течение которого могут быть произведены платежи, переноса сроков выплаты процентов на более позднее время или изменения кредиторов); некоторые долги могут быть преобразованы в акции наряду с сокращением (или даже упразднением) существующего объема акций; вспомогательные активы могут быть проданы, а не приносящие дохода виды коммерческой деятельности прекращены. Выбор способа осуществления реорганизации, как правило, предполагает учет размеров предприятия и степень затруднительности конкретного положения должника.

55. Хотя реорганизация может и не включаться так же широко, как ликвидация, в законодательство о несостоятельности, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая следующие:

a) согласие должника на осуществление данного производства (будь то по собственному заявлению или же на основании заявления кредиторов),

которое может предусматривать или же не предусматривать контроль или надзор со стороны суда;

b) автоматический и обязательный мораторий или приостановление процессуальных действий и производства в отношении активов должника, распространяющиеся на всех кредиторов в течение установленного срока;

c) продолжение коммерческих операций должника либо существующей администрацией, либо независимым управляющим или же на основе сочетания этих вариантов;

d) разработка плана, в котором предлагается режим в отношении кредиторов, акционеров и самого должника;

e) рассмотрение вопроса о принятии такого плана кредиторами и голосование по этому вопросу;

f) возможно, одобрение/подтверждение принятого плана в судебном порядке; и

g) осуществление плана.

56. Преимущества реорганизации получают все большее признание, и законодательство о несостоятельности многих стран включает положения, касающиеся официального реорганизационного производства. Степень, в которой официальное реорганизационное производство, в отличие от некоторой формы добровольных переговоров, используется для достижения целей реорганизации, является разной в различных странах. В любом случае, по общему признанию, существование ликвидации в рамках законодательства о несостоятельности может способствовать реорганизации предприятия-должника путем установления как для кредиторов, так и для должников, стимулов к достижению надлежащего соглашения посредством плана реорганизации.

57. Однако зачастую существует связь между степенью финансовых затруднений, с которыми сталкивается должник, сложным характером его деловых договоренностей и трудностями поиска надлежащего решения. Например, в том случае, если речь идет о каком-либо одном банке, вполне вероятно, что должник может провести переговоры с этим банком о заключении соглашения о добровольной реструктуризации и устранить свои трудности без привлечения коммерческих кредиторов и необходимости начать производство в рамках законодательства о несостоятельности. Если финансовое положение является более сложным и требует участия большого числа различных видов кредиторов, то, возможно, потребуется большая степень официальности для поиска решения, учитывающего различные интересы и цели этих кредиторов, поскольку соглашения о добровольной реструктуризации требуют единогласия участвующих сторон. Реорганизационное производство может способствовать достижению желаемой цели в том случае, если такое производство позволяет должнику и большинству кредиторов ввести в действие план, с которым не согласно меньшинство кредиторов, особенно когда имеются кредиторы, которые "воздержались" от участия во внесудебных переговорах. В некоторых случаях производство в рамках законодательства о несостоятельности весьма действенно, в особенности поскольку регулируется таким законодательством, тогда как в других случаях добровольные переговоры являются успешными в связи с отсутствием нормативных правил.

2. Ускоренное реорганизационное производство

58. Некоторые страны установили процедуры, которые можно охарактеризовать как "процедуры, используемые до наступления несостоятельности" или "заранее разработанные" процедуры (в настоящем Руководстве называемые "ускоренным реорганизационным производством"), и

которые фактически представляют собой сочетание переговоров о добровольной реструктуризации и реорганизационного производства в рамках законодательства о несостоятельности. Например, законодательством о несостоятельности одной из стран разрешается открыть производство для получения официального подтверждения судом плана реорганизации, который был составлен на добровольной основе и одобрен кредиторами путем голосования, имевшего место до открытия этого производства. Такое производство призвано свести к минимуму затраты и задержки, связанные с официальным реорганизационным производством, обеспечивая в то же время средство, с помощью которого план реорганизации, разработанный в добровольном порядке, тем не менее может быть одобрен в отсутствие единодушной поддержки со стороны кредиторов. Такая процедура позволяет принять план реорганизации, составленный на основе добровольных переговоров, для обеспечения реорганизации, которая будет обязательной для всех кредиторов, и в то же время для распространения на затрагиваемых кредиторов мер защиты, которые предусматриваются законодательством о несостоятельности.

59. Принятое в другой стране законодательство о несостоятельности предусматривает, что для оказания содействия заключению мирового соглашения со своими кредиторами должник может просить суд назначить "посредника". Такой посредник не обладает особыми полномочиями, но может просить суд установить мораторий на действия всех кредиторов, если, по его мнению, такой мораторий способствовал бы заключению соглашения об урегулировании. В течение действия моратория должник не может производить какие-либо платежи для удовлетворения предыдущих требований (за исключением заработной платы) или распоряжаться какими-либо активами иначе, чем в ходе обычных коммерческих операций. Эта процедура прекращается тогда, когда достигнуто соглашение либо со всеми кредиторами, либо (при условии одобрения судом) с основными кредиторами; в последнем случае суд может сохранять действие моратория в отношении неучаствующих кредиторов путем установления для должника льготного периода продолжительностью до двух лет.

60. Эти виды процедур более подробно рассматриваются в части второй, главе IV.B.

3. Ликвидация

61. Вид производства, именуемый "ликвидацией", регулируется законодательством о несостоятельности и, как правило, предусматривает принятие каким-либо публичным органом (обычно, хотя вовсе не обязательно, судом, который действует через должностное лицо, назначенное для этой цели) в свое ведение активов должника для прекращения коммерческой деятельности должника, преобразования неденежных активов в денежную форму и последующего распределения поступлений от продажи или реализации активов на пропорциональной основе среди кредиторов. Хотя в целом может требоваться продажа или реализация активов по частям в возможно более краткие сроки, законодательство о несостоятельности некоторых стран позволяет ликвидацию, сопряженную с продажей коммерческого предприятия в качестве производственных единиц или же в качестве функционирующей хозяйственной единицы; в соответствии с законодательством других стран это разрешается только в рамках реорганизации. Ликвидация обычно приводит к роспуску или прекращению существования предприятия-должника как коммерческого юридического лица.

62. Различные виды ликвидационного производства, как представляется, весьма похожи с точки зрения понятия, признания и применения и обычно осуществляются по следующей схеме:

a) подача заявления в суд или другой компетентный орган либо должником, либо кредитором (кредиторами);

b) вынесение постановления или решения о ликвидации должника;

c) назначение независимого лица для осуществления ликвидационной процедуры и управления ею;

d) прекращение коммерческой деятельности должника, если коммерческое предприятие должника не может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и прекращение полномочий собственников и директоров и найма служащих;

e) продажа или реализация активов должника либо по частям, либо в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

f) рассмотрение требований кредиторов и вынесение решения по ним;

g) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и

h) роспуск компании-должника, если она является корпорацией или имеет какую-либо иную форму юридического лица, или освобождение от обязательств в случае физического лица.

63. Существует ряд правовых и экономических обоснований ликвидации. В широком смысле можно утверждать, что коммерческое предприятие, которое не способно конкурировать в условиях рыночной экономики, должно быть устранено с рынка. Основным отличительным признаком неконкурентоспособного предприятия является то, что оно отвечает одному из критериев несостоятельности, то есть оно не способно выплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или же сумма его долгов превышает стоимость его активов. Если говорить более конкретно, то необходимость использования ликвидационного производства может рассматриваться как решение межкредиторских проблем (если активы несостоятельного должника являются недостаточными для удовлетворения требований всех кредиторов, то коренным интересам какого-либо кредитора будет отвечать принятие мер по удовлетворению его требований до того, как другие кредиторы смогут предпринять аналогичные действия) и как дисциплинирующий фактор, который остается существенно важным элементом устойчивых взаимоотношений между должником и кредиторами. Упорядоченное и эффективное ликвидационное производство позволяет решать межкредиторскую проблему путем возбуждения коллективного производства, направленного на недопущение таких действий, которые, хотя и могут считаться отдельными кредиторами отвечающими их собственным коренным интересам, по существу ведут к утрате стоимости для всех кредиторов. Коллективное производство призвано обеспечить справедливый режим для кредиторов путем установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и максимально повысить стоимость активов должника на благо всех кредиторов. Это обычно достигается путем установления моратория на принудительную реализацию индивидуальных прав кредиторов в отношении должника и назначения независимого лица, основная обязанность которого заключается в максимальном повышении стоимости активов должника для распределения среди кредиторов.

64. Упорядоченный и относительно предсказуемый механизм принудительной реализации коллективных прав кредиторов может также обеспечивать кредиторам элемент предсказуемости во время принятия ими решений о

кредитовании, а также в более общем плане способствовать учету интересов всех участников экономической деятельности посредством облегчения кредитования и развития финансовых рынков. Это не означает, что законодательство о несостоятельности должно функционировать как средство принудительной реализации прав индивидуальных кредиторов, хотя между механизмами принудительной реализации и несостоятельности имеется ясная и значимая взаимосвязь. Эффективность и действенность процедур принудительной реализации индивидуальных прав кредиторов будут означать, что кредиторы не принуждаются к использованию производства по делу о несостоятельности с этой целью, особенно потому, что производство по делу о несостоятельности обычно требует определенного уровня доказывания и объема издержек и сопряжено с такой процессуальной сложностью, которая обусловливает его непригодность для использования таким образом. Тем не менее эффективное производство по делу о несостоятельности будет обеспечивать, чтобы в случае, когда механизмы принудительного взыскания задолженности не срабатывают, кредиторы располагали возможностью окончательного обращения за помощью, которая может действовать как эффективный стимул для упорно не исполняющего свои обязательства должника, побуждающий его к платежу конкретному кредитору.

4. Организация законодательства о несостоятельности

65. Существуют весьма различные подходы к структуре процедур несостоятельности, что ведет к выбору одной из таких процедур. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает гибкое, единое производство по делу о несостоятельности, с установлением одного требования в отношении его открытия, причем такое производство может привести либо к ликвидации, либо к реорганизации предприятия, в зависимости от обстоятельств конкретного случая. Законодательство других стран предусматривает два отдельных вида производства, для каждого из которых установлены особые требования в отношении доступа к ним и их открытия при различных возможностях преобразования одного производства в другое. В тех положениях законодательства, в которых ликвидация и реорганизация рассматриваются в качестве отдельных видов производства, это делается на основе различных основополагающих соображений социального и коммерческого характера. Вместе с тем, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, которые приводятся ниже, в части второй, для ликвидации и реорганизации характерно значительное число общих вопросов, и в результате этого между ними возникают существенные совпадения и связи с точки зрения как процессуальных шагов, так и материально-правовых вопросов.

66. Вопрос о том, какой вид производства будет предусмотрен, решается по меньшей мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент начала реорганизации или ликвидации зачастую невозможно окончательно оценить финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. Некоторые недостатки этого подхода заключаются в том, что его использование может привести к нежелательной степени поляризации между ликвидацией и реорганизацией и к задержкам, большим затратам и неэффективности, особенно, например, в том случае, если неудача в реорганизации требует подачи нового отдельного заявления в отношении ликвидации. Этот недостаток можно до некоторой степени преодолеть путем установления определенных взаимосвязей между двумя видами производства, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одного вида производства в другой при определенных конкретных обстоятельствах, а также путем включения средств, призванных предупреждать злоупотребление производством по делу о несостоятельности, таких как открытие

реорганизационного производства в целях уклонения от ликвидации или ее затягивания.

67. В связи с вопросом о выборе вида производства в некоторых странах предусматривается, что стороне, подающей заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, первоначально предоставляется выбор между ликвидацией и реорганизацией. Если ликвидационное производство начинается по инициативе одного или более кредиторов, то законодательство зачастую предусматривает механизм, который позволяет должнику ходатайствовать о преобразовании этого производства в реорганизационное, когда это практически возможно. Если должник подает заявление о возбуждении реорганизационного производства либо по собственной инициативе, либо вследствие подачи кредитором заявления о возбуждении ликвидационного производства, то заявление о возбуждении реорганизационного производства должно логически рассматриваться в первую очередь. Тем не менее в целях защиты кредиторов в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается механизм, позволяющий преобразовывать реорганизационное производство в ликвидационное, если определяется, что реорганизационные процедуры вряд ли увенчаются успехом или не могут быть успешными. Другой механизм защиты кредиторов может предусматривать установление максимального срока, в течение которого может быть продолжено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

68. Как правило, ликвидационное и реорганизационное производство, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, то есть ликвидационное производство применяется только в том случае, если успешное проведение реорганизации представляется маловероятным или если мероприятия по реорганизации не увенчались успехом. В соответствии с общей презумпцией, принятой в некоторых системах урегулирования дел о несостоятельности, предприятие подлежит реорганизации, а ликвидационное производство может быть открыто только после провала всех попыток провести реорганизацию этого предприятия. В рамках систем урегулирования дел о несостоятельности, которые предусматривают возможность преобразования, заявление о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное может быть подано должником, кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств, предусмотренных в законодательстве. К таким обстоятельствам могут относиться неспособность должника производить платежи в период после подачи заявления по мере наступления сроков погашения; неутверждение кредиторами или судом плана реорганизации; неспособность должника выполнять свои обязательства в соответствии с утвержденным планом; или осуществление должником действий, представляющих собой попытку обмануть кредиторов (см. часть вторую, главу IV). Хотя возможность преобразования реорганизационного производства в ликвидационное предусматривается довольно часто, большинство систем урегулирования дел о несостоятельности не допускает возможности повторного преобразования в реорганизационное производство после того, как реорганизационное производство уже было преобразовано в ликвидационное.

69. Трудности, связанные с определением на первоначальных этапах целесообразности применения по отношению к должнику ликвидационной процедуры вместо реорганизационной процедуры, вынудили некоторые страны пересмотреть свое законодательство о несостоятельности и заменить отдельные виды производства "единым" производством[7]. В соответствии с "единым подходом" устанавливается первоначальный период времени (который обычно именуется контрольным сроком и продолжительность которого, согласно

[7] В случае выбора единой системы потребуется включить некоторые изменения в различные основные элементы законодательства о несостоятельности.

имеющимся примерам единого законодательства, может составлять до трех месяцев), в течение которого не выдвигается какое-либо предположение о том, будет ли данное предприятие в конечном счете реорганизовано или же ликвидировано. Выбор между ликвидационным или реорганизационным производством происходит только после оценки финансового состояния должника и определения того, является ли реорганизация фактически возможной. Основные преимущества подобного подхода заключаются в его простоте в процессуальном отношении, его гибкости и возможной экономии с точки зрения затрат. Простое единое производство может также побуждать должников, сталкивающихся с финансовыми трудностями, к заблаговременному возбуждению производства, что повышает вероятность успешной реорганизации. Вместе с тем недостатком этого подхода может быть задержка, которая имеет место между принятием решения об открытии производства и принятием решения в отношении того, какое производство должно использоваться, а также последствия для коммерческого предприятия должника и стоимости активов должника, которые могут возникнуть в результате такой задержки. Чтобы ни предусматривало законодательство о несостоятельности с точки зрения ликвидации и реорганизации, оно должно обеспечивать, чтобы должник, который попал в эту систему, не мог выйти из нее без того или иного окончательного определения его будущего.

C. Административные процедуры

70. В течение последних лет в ряде стран, затрагиваемых кризисом, были разработаны полуофициальные "структурированные" формы процедур несостоятельности под воздействием, в первую очередь, правительств или центральных банков для решения системных финансовых проблем в рамках банковского сектора. Эти процедуры разрабатывались на основе схожей структуры. Во-первых, каждая из этих процедур предусматривает наличие ведомства, оказывающего содействие, с тем чтобы поощрять и отчасти координировать и управлять процедурой для установления стимулов и мотивации, необходимых для их разработки. Во-вторых, в основе каждой процедуры лежит соглашение между коммерческими банками, в котором участники соглашаются следовать совокупности "правил" в отношении корпоративных должников, которые имеют задолженность перед одним или несколькими банками и которые могут участвовать в этой процедуре. Эти правила предусматривают процедуры, которым необходимо следовать, и условия, которые необходимо устанавливать в случаях, когда предпринимается попытка реорганизации какой-либо компании. В некоторых юрисдикциях компания-должник, которая стремится провести переговоры относительно реорганизации в рамках этой процедуры, должна согласиться с применением таких правил. В-третьих, предусматриваются предельные сроки осуществления различных частей таких процедур, а в некоторых случаях соглашения в принципе могут быть переданы в соответствующий суд для начала реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности. Кроме того, одна из этих стран создала специальное ведомство, которое располагает, в соответствии с регулирующим его деятельность законодательством, чрезвычайно широкими полномочиями по приобретению проблемных займов у банковского и финансового секторов, а затем применению внесудебных процедур в отношении компании-должника, не выполнившей свои обязательства, включая принудительную или вынужденную реорганизацию.

71. Поскольку эти процедуры являются относительно сложными и сопряжены с разработкой специальных правил и положений и поскольку они затрагивают

конкретные ситуации системного отказа, они не рассматриваются в *Руководстве*.

III. Институциональные основы

72. Законодательство о несостоятельности является частью общей правовой системы в области торговли и в силу своего применения в данной области в значительной степени зависит не только от развитой правовой системы в области торговли, но и от разработанных институциональных основ применения законодательства. В связи с этим варианты разработки или реформирования законодательства о несостоятельности необходимо будет тесно увязывать с возможностями существующих институтов. Система несостоятельности будет эффективной лишь в том случае, если суды и должностные лица, отвечающие за ее осуществление на практике, будут обладать потенциалом, необходимым для обеспечения наиболее эффективных, своевременных и справедливых результатов для тех, в чьих интересах действует система несостоятельности. Если такой институциональный потенциал еще не создан, то весьма желательно, чтобы реформа законодательства о несостоятельности сопровождалась институциональной реформой, где затраты на создание и сохранение необходимых институциональных основ оцениваются с точки зрения преимуществ, которые приносит эффективная и действенная система, пользующаяся доверием общественности. Хотя подробное обсуждение средств, с помощью которых можно развить или укрепить институциональный потенциал, выходит за рамки данного руководства, можно сделать ряд замечаний общего характера.

73. В большинстве юрисдикций производство по делу о несостоятельности ведется судебным органом, зачастую через суды по торговым делам или суды общей юрисдикции, или же, в некоторых случаях, через специализированные суды по делам о банкротстве. Иногда судьи обладают специальными знаниями и занимаются только вопросами несостоятельности, в то время как в других случаях вопросы несостоятельности составляют лишь одну из целого ряда более широких обязанностей суда. В небольшом числе юрисдикций роль, которую в других юрисдикциях отводят судам, исполняют несудебные или квазисудебные учреждения.

74. При разработке законодательства о несостоятельности, возможно, было бы целесообразным учитывать, в какой степени суды должны будут осуществлять надзор за процессом и можно ли ограничить их роль в отношении различных частей такого процесса или сбалансировать ее ролью других участников процесса, таких как кредиторы и управляющий в деле о несостоятельности. Это имеет особое значение в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности требует от судей оперативного рассмотрения сложных вопросов несостоятельности (которые часто включают в себя коммерческие и хозяйственные вопросы), а возможности судебной системы ограничены в силу ее размера, общей нехватки ресурсов в судебной системе и отсутствия специальных знаний и опыта в связи с такими вопросами, какие могут встречаться в делах о несостоятельности.

75. Чтобы ограничить роль, отводимую суду, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, например, право управляющего принимать решения по ряду вопросов, таких как проверка и признание требований, необходимость в финансировании после открытия производства, перевод обеспеченных активов, не имеющих стоимости, в состав имущественной массы, продажа крупных активов, начало действий по расторжению сделок и режим в отношении контрактов, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. Применение

такого подхода зависит от наличия соответствующего квалифицированного персонала, способного исполнять функции управляющих в делах о несостоятельности. Кредиторы также могут быть уполномочены давать консультации управляющему в деле о несостоятельности или утверждать некоторые его решения, например, об утверждении продажи важных активов или получении финансовых средств после открытия производства, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить процедуры, которые потребуют одобрения суда, например, определение приоритета над правами существующих обеспеченных кредиторов обеспечивать финансирование после открытия производства.

76. Способность суда заниматься нередко сложными коммерческими вопросами, возникающими в делах о несостоятельности, – это зачастую вопрос не только знаний и опыта в связи с конкретной юридической и деловой практикой, но и регулярного обновления современных знаний и опыта. Чтобы разрешить вопрос о потенциале судов, необходимо уделять особое внимание образованию и непрерывной подготовке судебного персонала, причем не только судей, но и секретарей и других работников судов, что поможет поддерживать режим несостоятельности, способный эффективным и действенным образом справляться с нагрузкой по делам о несостоятельности.

77. Еще одно соображение относительно способности суда осуществлять надзор в делах о несостоятельности касается сбалансированного представления в законодательстве о несостоятельности императивных и дискреционных компонентов. Хотя императивные элементы, такие как автоматическое открытие производства или автоматическое введение моратория, могут обеспечить высокую степень определенности и предсказуемости для должника и кредиторов, а также ограничить число вопросов, требующих рассмотрения в судах, они могут привести и к излишней жесткости, если элементов такого рода будет слишком много. Дискреционный подход позволяет суду оценивать факты и обстоятельства с учетом возникших ранее общих интересов и интересов лиц, затронутых принятым решением и рыночными условиями. Он также может возлагать определенное бремя на суд, если у него нет знаний или опыта, необходимых для оценки этих соображений, или ресурсов для своевременного реагирования. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, например, подтверждение плана реорганизации судом, целесообразно не направлять суду просьбу о выполнении сложных экономических оценок осуществимости или целесообразности данного плана, а ограничить его работу процессом утверждения или решения других конкретных вопросов. Если законодательство о несостоятельности требует дискреционного подхода от того или иного директивного органа, например, суда, то желательно предусмотреть также соответствующие ориентиры в отношении применения такого дискреционного подхода надлежащим образом, особенно когда это связано с экономическими или коммерческими вопросами. Такой подход соответствует общей задаче установления режима несостоятельности, характеризующегося прозрачностью и предсказуемостью.

78. Адекватность правовой инфраструктуры и, в частности, ресурсов, имеющихся у судов, которые занимаются делами о несостоятельности, может иметь важное значение с точки зрения воздействия на эффективность рассмотрения дел о несостоятельности и на продолжительность времени, необходимого для производства по делам о несостоятельности. Это соображение может быть уместным при решении вопроса о том, следует ли в законодательстве о несостоятельности указывать временные рамки для ведения некоторых частей производства. Если судебная инфраструктура не способна своевременно отвечать на предъявляемые к ней требования, чтобы обеспечить соблюдение сторонами временных рамок и оперативное ведение производства

по делам о несостоятельности, то включение таких положений в законодательство не приведет к достижению цели установления эффективного и действенного режима несостоятельности. Процессуальные нормы также будут иметь значение для ведения дел, а хорошо разработанные правила помогут судам и специалистам, занимающимся делами о несостоятельности, эффективно и упорядоченно учитывать экономическое положение должника, сводя к минимуму задержки, которые могут привести к снижению стоимости активов должника и ухудшить перспективы успешного производства по делу о несостоятельности (будь то ликвидационного или реорганизационного). Такие правила будут также способствовать достижению определенной степени предсказуемости и единообразия режима при переходе от одного дела к другому.

79. Практическое применение системы несостоятельности зависит не только от суда, но и от специалистов, участвующих в процессе по делу о несостоятельности, будь то управляющие в делах о несостоятельности, юрисконсульты, бухгалтеры, специалисты по оценке или другие профессиональные консультанты. Развитию потенциала может помочь принятие профессиональных стандартов и профессиональная подготовка. Возможно, было бы целесообразным оценить, какие функции в вопросах несостоятельности являются действительно публичными по своему характеру и должны осуществляться в публичном секторе для обеспечения необходимого уровня доверия и уверенности, необходимого для того, чтобы система несостоятельности была эффективной, и какие функции могут выполняться посредством создания достаточных стимулов для субъектов частного сектора, участвующих в процессе несостоятельности. Одним из примеров может быть управляющий в деле о несостоятельности.

(A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

Часть вторая

Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности 80-669

I. Подача заявления и открытие производства 82-152

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция 82-99

1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, которых должно охватывать законодательство о несостоятельности 82-91

a) Физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью 84-87
b) Государственные предприятия 88-90
c) Должники, требующие особого режима 91

2. Юрисдикция 92-99

a) Центр основных интересов 93-94
b) Предприятие 95-96
c) Наличие активов 97-98
d) Компетентные суды 99

Рекомендации 1–6 . . . . .

B. Открытие производства 100-152

1. Введение 100-102

2. Стандарты открытия производства 103-111

a) Критерий ликвидности, движения наличности или полного прекращения платежей 103-104
b) Балансовый критерий 105-106
c) Разработка стандарта открытия производства 107-111

3. Ликвидация 112-122

a) Стороны, которые могут подать заявление 112
b) Подача заявления должником 113-115
c) Подача заявления кредитором 116-119
d) Подача заявления государственным органом 120-122

4. Реорганизация 123-131

a) Стороны, которые могут подавать заявление 123
b) Подача заявления должником 124-125
c) Подача заявления кредитором 126-131

5. Процессуальные вопросы 132-146

a) Подача заявления об открытии производства 132
b) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности . . 133-135
c) Установление предельного срока для вынесения решения об открытии производства 136-137

Пункты

d) Отклонение заявления об открытии производства 138-140
e) Уведомление об открытии производства 141-146

6. Должники, имеющие недостаточный объем активов 147-149

7. Сборы в связи с производством по делу о несостоятельности 150-151

8. Прекращение производства после его открытия 152

Рекомендации 7–23 .....

II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности 153-360

A. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности ... 153-175

1. Введение 153-155

2. Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности 156-168

a) Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности 156-158
b) Обремененные активы 159-161
c) Активы, принадлежащие третьим сторонам 162-164
d) Иностранные активы 165-166
e) Возвращенные активы 167-168

3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности 169-172

a) Исключения общего характера 169
b) Случай, когда должником является физическое лицо 170-172

4. Момент образования имущественной массы в деле о несостоятельности и взыскания активов 173-175

Рекомендации 24–26 .....

B. Защита и сохранение имущественной массы 176-219

1. Введение 176

2. Защита имущественной массы путем применения моратория 177-180

3. Сфера применения моратория 181-189

a) Действия, к которым будет применяться мораторий 181-183
b) Исключения из сферы применения моратория 184
c) Обеспеченные кредиторы 185-189

4. Дискреционное или автоматическое введение моратория 190

5. Момент введения моратория 191-200

a) Указание конкретного момента вступления моратория в силу 192
b) Введение моратория с момента подачи заявления о возбуждении производства 193
c) Применение моратория с момента возбуждения производства 194-200

6. Срок действия моратория 201-204

a) Необеспеченные кредиторы 201
b) Обеспеченные кредиторы 203-204

7. Продление срока действия моратория 205

8. Защита обеспеченных кредиторов 206-215

Пункты

a) Защита от моратория 207-209
b) Защита стоимости 210-215

9. Ограничения, накладываемые на распоряжение активами должником . . . 216-219

Рекомендации 27–39 . . . . .

C. Использование активов и распоряжение ими 220-239

1. Введение 220

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности 221-235

a) Обычная хозяйственная деятельность 221-224
b) Методы продажи 225-228
c) Использование или реализация обремененных активов 229-230
d) Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи активов, не обремененных интересами 231-232
e) Активы, находящиеся в совместной собственности 233
f) Обременительные, не имеющие ценности и труднореализуемые активы 234
g) Дебиторская задолженность 235

3. Активы, принадлежащие третьим сторонам 236-237

4. Режим поступлений в виде наличности 238-239

Рекомендации 40–48 . . . . .

D. Финансирование после открытия производства 240-253

1. Необходимость в финансировании после открытия производства 240-244

2. Источники финансирования после открытия производства 245

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета 246-250

a) Предоставление обеспечения 247
b) Установление приоритета 248-250

4. Предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства 251-252

5. Последствия изменения характера производства 253

Рекомендации 49–54 . . . . .

E. Режим контрактов 254-294

1. Введение 254-259

2. Оговорки об автоматическом расторжении контракта 260-265

3. Продолжение исполнения контрактов или отказ от их исполнения 266-283

a) Порядок продолжения исполнения контрактов или отказ от их исполнения 266-273
b) Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении 274-275
c) Продолжение исполнения контрактов в случае их невыполнения должником 276
d) Последствия продолжения исполнения контракта либо отказа от его исполнения для контрагента 277-282
e) Внесение поправок в контракты, исполнение которых продолжается 283

Пункты

4. Договоры аренды земли и помещений 284-285
5. Уступка 286-289
6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов 290-293
   a) Трудовые договоры 291
   b) Договоры об оказании незаменимых и личных услуг 292-293
7. Контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности 294

Рекомендации 55–72 . . . . .

F. Процедура расторжения сделок 295-348

1. Введение 295-302
2. Критерии расторжения сделок 303-313
   a) Объективные критерии 304
   b) Субъективные критерии 305
   c) Сочетание критериев 306-307
   d) Обычные коммерческие операции 308-312
   e) Защитный механизм 313
3. Категории сделок, подлежащих расторжению 314-328
   a) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям 316-317
   b) Сделки по заниженной стоимости 318-320
   c) Преференциальные сделки 321-323
   d) Обеспечительные интересы 324-325
   e) Сделки с лицами, связанными с должником 326-328
4. Сделки, не подпадающие под действие положений по расторжению сделок 329
5. Последствия расторжения – ничтожные сделки или сделки, признаваемые ничтожными 330-331
6. Установление подозрительного периода 332-335
7. Применение процедур расторжения сделок 336-346
   a) Стороны, которые могут инициировать процедуру расторжения 336-339
   b) Финансирование процедуры расторжения сделок 340
   c) Предельные сроки возбуждения процедуры 341
   d) Соответствие сделки критериям расторжения 342-346
8. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам 347
9. Преобразование реорганизационного производства в ликвидационное . . 348

Рекомендации 73–84 . . . . .

G. Права на зачет 349-352

Рекомендация 85 . . . . .

H. Финансовые контракты и взаимозачет 353-360

Рекомендации 86–92 . . . . .

III. Участники 361-480

Пункты

A. Должник 361-393

1. Введение 361

2. Продолжение функционирования предприятия должника и роль должника 362-377

a) Ликвидация 362-363
b) Реорганизация 364-377

3. Права должника 378-380

4. Обязательства должника 381-392

a) Сотрудничество и помощь 382
b) Предоставление информации 383-386
c) Конфиденциальность 387
d) Вспомогательные обязательства 388-389
e) Привлечение специалистов для оказания помощи должнику 390
f) Неисполнение обязательств 391-392

5. Ответственность должника 393

Рекомендации 93–98 . . . . .

B. Управляющий в деле о несостоятельности 394-433

1. Введение 394

2. Квалификационные требования 395-402

a) Временный управляющий в деле о несостоятельности 397
b) Знания и опыт 398
c) Обеспечение надлежащей квалификации 399
d) Личные качества 400
e) Коллизии интересов 401-402

3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности 403-406

a) Выбор и назначение судом 404
b) Независимые органы, ведающие назначениями 405
c) Роль кредиторов 406

4. Надзор за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности . . . 407

5. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности 408

6. Конфиденциальность 411

7. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности 412-418

a) Определение размеров вознаграждениям 412-416
b) Средства платежа 417
c) Пересмотр вознаграждения 418

8. Ответственность управляющего в деле о несостоятельности 419-424

9. Агенты и сотрудники управляющего в деле о несостоятельности 425-427

a) Ответственность за действия или бездействие 426
b) Вознаграждение 427

10. Обжалование управления, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности 428-431

11. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности 432

Пункты

12. Замена управляющего в деле о несостоятельности 433

Рекомендации 99–109 .....

C. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности 434-475

1. Введение 434

2. Степень участия кредиторов в процессе принятия решений 436-444

a) Различная степень участия 436-437
b) Участие в ликвидации и реорганизации 438
c) Механизмы, способствующие участию 439-441
d) Поощрение участия кредиторов 442
e) Потребность в информации и уведомлении 443
f) Обеспеченные кредиторы 444

3. Функции, подлежащие выполнению кредиторами 445-450

4. Собрания кредиторов 451-454

5. Комитет кредиторов 455-470

a) Кредиторы, которые могут назначаться в состав комитета 457-462
b) Создание комитета кредиторов 463-465
c) Функции комитета кредиторов 466-468
d) Ответственность комитета кредиторов 469
e) Смещение и замена членов комитета 470

6. Вопросы, требующие голосования кредиторов 471-474

7. Конфиденциальность 475

Рекомендации 110–120 .....

D. Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование 476-480

1. Право быть заслушанным 476

2. Процедуры обжалования 477-479

3. Право на обжалование 480

Рекомендации 121–122 .....

IV. Реорганизация 481-565

A План реорганизации 481-550

1. Введение 481-482

2. Характер или форма плана 483-485

3. Предложение плана реорганизации 486-496

a) Сроки представления предложения 487
b) Стороны, уполномоченные на представление плана 488-494
c) Сроки представления плана 495-496

4. План 497-505

a) Содержание плана 498-502
b) Информация, которая должна сопровождать план 503-505

5. Принятие плана 506-529

a) Процедуры принятия 509-511

Пункты

b) Принятие плана обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования 512-517
c) Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами 518-521
d) Принятие плана держателями акций 522-523
e) Лица, связанные с должником 524
f) Требования, касающиеся принятия плана 525-529

6. Случаи, когда план не может быть принят 530-531

a) Изменение предложенного плана 530
b) Непринятие плана 531

7. Обязательность плана для категорий несогласных кредиторов 532

8. Утверждение плана судом 533-539

a) Оспаривание принятия плана 534-536
b) Действия, необходимые для утверждения плана судом 537-539

9. Действие принятого [и утвержденного] плана 540

10. Оспаривание плана после его утверждения судом 541

11. Внесение поправок в план после его принятия кредиторами 542-544

12. Выполнение плана 545

13. Случаи срыва осуществления плана 546-547

14. Преобразование в ликвидацию 548-550

Рекомендации 123–145 .....

B. Ускоренное реорганизационное производство 551-565

1. Введение 551-553

2. Кредиторы, обычно принимающие участие в переговорах о добровольной реструктуризации 554-555

3. Процедуры, связанные с выполнением соглашения о добровольной реструктуризации 556-565

a) Должники, имеющие право воспользоваться такими процедурами 557-558
b) Затрагиваемые обязательства 559
c) Применение законодательства о несостоятельности 560-562
d) Ускорение производства 563-565

Рекомендации 146–153 .....

V. Ведение производства 566-652

A. Режим требований кредиторов 566-612

1. Введение 566

2. Представление требований кредиторов 567-589

a) Кредиторы, которые могут быть обязанными представлять требования 567-570
b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены 571-576
c) Процедура представления требований 577-585
d) Непредставление требований 586-589

Пункты

3. Проверка и признание требований 590-611

a) Список представленных требований 590
b) Процедуры проверки и признания 591-602
c) Оспариваемые требования 603-604
d) Последствия признания требования 605
e) Зачет взаимных требований 606
f) Требования, для которых обязателен специальный режим 607-611

4. Непризнанные требования 612

Рекомендации 154–169 .....

B. Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации] 613-642

1. Приоритеты 613-640

a) Введение 613-616
b) Субординация требований 617-623
c) Ранжирование требований по статусу 624-640

2. Распределение 641-642

a) Ликвидация 641
b) Реорганизация 642

Рекомендации 170–178 .....

C. Режим корпоративных групп в деле о несостоятельности 643-652

1. Введение 643-645

2. Ответственность группы за внешние долги 646-651

3. Внутригрупповые долги 652

D. Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности .....

Рекомендации 179–183 .....

VI. Завершение производства 653-669

A. Освобождение от обязательств 653-666

1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации 653-664

2. Освобождение от обязательств по долгам и требованиям при реорганизации 665-666

Рекомендации 184–185 .....

B. Завершение производства 667-669

1. Ликвидация 668

2. Реорганизация 669

Рекомендации 186–187 .....

Часть вторая
Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

80. Часть вторая *Руководства* сосредоточена на содержании законодательства о несостоятельности и на основных элементах, считающихся необходимыми, для того чтобы производство о несостоятельности, проводимое в соответствии с этим законодательством, было эффективным и действенным. Эти основные элементы рассматриваются в *Руководстве* по возможности в порядке, соответствующем порядку ведения производства.

81. В главе I анализируются критерии подачи заявления и открытия производства. В главе II рассматриваются последствия открытия производства по делу о несостоятельности для должника и его активов, включая состав имущественной массы в делах о несостоятельности, защиту и сохранение имущественной массы, использование активов и распоряжение ими, финансирование после открытия производства, режим в отношении контрактов, осуществление положений о расторжении сделок, права на зачет, а также финансовые контракты и взаимозачет. В главе III изучаются роли должника и управляющего в деле о несостоятельности в производстве по делу о несостоятельности и их различные обязанности и функции, а также механизмы обеспечения участия кредиторов. Наряду с тем, что вопросы реорганизации рассматриваются во всех главах *Руководства*, глава IV, в частности, касается плана реорганизации и упрощенного реорганизационного производства. В главе V рассматриваются различные виды требований кредиторов и их режим, а также установление приоритетов при распределении. Глава VI посвящена вопросам, касающимся итогов производства по делу о несостоятельности, включая освобождение от обязательств и завершение производства. [В главе VII приводится текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и *Руководства* по его принятию.]

I. Подача заявления и открытие производства

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция

1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, которых должно охватывать законодательство о несостоятельности

82. Важным принципиальным вопросом при разработке законодательства о несостоятельности, касающегося должников, которые занимаются коммерческой деятельностью (независимо от того, осуществляется ли она с целью извлечения прибыли или нет), является установление и четкое определение круга должников, которые будут подпадать под действие такого законодательства. Если какой-либо должник исключается из сферы применения этого законодательства, то он не будет пользоваться обеспечиваемой этим законодательством защитой и на него не будут распространяться предусматриваемые данным законодательством требования. Это говорит в пользу применения всеобъемлющего подхода к разработке законодательства о несостоятельности с ограниченным числом исключений. Разработка положений законодательства о несостоятельности, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, сопряжена с двумя основными вопросами. Во-первых, следует ли проводить в таком

законодательстве различие между должниками – физическими лицами и должниками, которые являются в той или иной форме предприятиями или корпорациями с ограниченной ответственностью или иными юридическими лицами, поскольку с каждой из этих категорий связаны не только различные принципиальные соображения, но и соображения, касающиеся социальных и других подходов. Во-вторых, какие категории должников (независимо от того, является ли данный должник юридическим или физическим лицом) должны быть исключены из сферы применения такого законодательства, если вообще необходимо исключать из нее каких бы то ни было должников.

83. Страны используют различные подходы к определению сферы применения своего законодательства о несостоятельности. В некоторых странах законодательство о несостоятельности применяется ко всем должникам с определенными, конкретно оговоренными исключениями, например такими, как рассматриваемые ниже. Другие страны проводят различие между должниками – физическими лицами и должниками – юридическими лицами и предусматривают различные положения законодательства о несостоятельности в отношении каждой из этих категорий. В соответствии с еще одним подходом проводится различие между юридическими и физическими лицами на основе критерия их участия в коммерческой (или потребительской) деятельности. Положения такого рода законодательства некоторых стран регламентируют вопросы несостоятельности "торговцев", определение которых дается с помощью ссылки на участие в коммерческой деятельности в качестве обычного занятия, или несостоятельности компаний, инкорпорированных в соответствии с торговым законодательством, и других субъектов, которые регулярно занимаются коммерческой деятельностью. Законодательство некоторых стран предусматривает также различные процедуры в зависимости от объема задолженности, а в ряде стран разработаны отдельные режимы несостоятельности для различных секторов экономики, особенно для сельскохозяйственного сектора.

а) Физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью

84. Преобладающие подходы к индивидуальной или личной задолженности и несостоятельности часто определяются культурными традициями, которые не вполне уместны, когда речь идет о коммерческих должниках, и могут включать, например, отношение к возникновению личной задолженности; возможности получения помощи в случае непосильной задолженности; социальным последствиям банкротства для положения физических лиц; необходимости консультативных услуг и просветительской помощи в отношении индивидуальной задолженности и к предоставлению должникам возможности возобновить свою деятельность путем освобождения их от долгов и претензий. Напротив, принципиальные подходы к несостоятельности в коммерческом секторе, как правило, ограничиваются экономическими и коммерческими соображениями, такими как важность роли, которую предприятия играют в экономике; необходимость сохранения и поощрения коммерческой и предпринимательской деятельности и необходимость содействия предоставлению кредитов и обеспечения защиты кредиторов.

85. Интересы физических лиц, участвующих в коммерческой деятельности (включая, например, товарищества и индивидуальных участников торговли), отличаются от интересов потребительских должников, по крайней мере, по некоторым аспектам их задолженности, однако зачастую трудно отделить личную задолженность какого-либо физического лица от его коммерческой задолженности в целях определения того, какой режим должен применяться к ним в случае несостоятельности. Могут быть разработаны различные критерии, облегчающие принятие соответствующего решения, например по характеру проводимой деятельности, объему задолженности и по связи между

задолженностью и коммерческой деятельностью. Признаками участия в коммерческой деятельности может служить следующее: зарегистрировано ли данное предприятие в качестве торгового или иного коммерческого предприятия; является ли оно юридическим лицом определенной категории в соответствии с торговым правом; характер его обычной деятельности; информация об обороте, а также об активах и пассивах.

86. Многие страны включают должников – физических лиц, занимающихся коммерческой деятельностью, в сферу применения своего законодательства о коммерческой несостоятельности. Опыт других стран свидетельствует, что, хотя предпринимательская деятельность, которой занимаются физические лица, является частью коммерческой деятельности, такие случаи часто лучше всего разбирать, исходя из режима несостоятельности физических лиц, поскольку, в конечном счете, собственник личного предприятия будет осуществлять свою деятельность с помощью структуры, в отношении которой не установлены какие-либо пределы ответственности, и будет по-прежнему нести личную ответственность, без каких бы то ни было ограничений, за долги предприятия. В таких случаях возникают также трудные проблемы в отношении освобождения от ответственности (полное или частичное освобождение должника от ответственности за определенные долги после завершения производства, см. главу VI), в том числе в отношении срока, по истечении которого должник может быть освобожден от ответственности, и тех обязательств, от исполнения которых может быть освобожден должник. Долги, от выплаты которых нельзя освободить, зачастую касаются таких личных вопросов, как урегулирование имущественных претензий в рамках бракоразводных процессов или установление обязательств в отношении материального обеспечения ребенка. Есть и дополнительное соображение о том, что включение физических лиц в сферу действия режима коммерческой несостоятельности может вызвать в некоторых странах нежелание использовать коммерческий режим вследствие социального отношения к личной несостоятельности независимо от ее коммерческого характера. При разработке законодательства о коммерческой несостоятельности целесообразно принимать во внимание эти особенности с учетом обычного порядка осуществления коммерческой деятельности в той или иной стране, а также наличия и эффективности законодательства о несостоятельности, касающегося физических лиц. Например, во многих странах коммерческая деятельность осуществляется почти исключительно физическими лицами, и их исключение из сферы применения законодательства о несостоятельности существенно ограничило бы его действие и эффективность. В других странах вопросы несостоятельности физических лиц, участвующих в коммерческой деятельности, специально регулируются законодательством о личной несостоятельности, поэтому эти физические лица исключаются из сферы действия коммерческого режима.

87. В настоящем *Руководстве* основное внимание сосредоточено на коммерческой деятельности[1] как юридических, так и физических лиц независимо от правовой структуры, на основе которой такая деятельность осуществляется, а также от того, осуществляется ли она с целью извлечения

[1] В *Руководстве* не имеется в виду давать определение термина "коммерческая деятельность". Однако в тех случаях, когда такое определение требуется, в других документах ЮНСИТРАЛ, использующих этот термин, применяется широкое толкование, с тем чтобы охватить вопросы, возникающие при любых отношениях коммерческого характера, как договорных, так и иных. Отношения коммерческого характера включают, среди прочего, следующие операции: любую торговую операцию по поставке товаров или услуг или их обмену; соглашение о сбыте; торговое представительство или агентство; факторинг; лизинг; организацию работ; консалтинг; инжиниринг; лицензирование; инвестиции; финансирование; банковскую деятельность; страхование; договор об эксплуатации или концессию; совместное предприятие и иные формы промышленного или коммерческого сотрудничества; грузовые или пассажирские воздушные, морские, железнодорожные или автомобильные перевозки.

прибыли или нет[2]. В нем отмечаются те вопросы, в связи с которыми потребуются дополнительные или иные положения в случае включения должников – физических лиц в сферу применения законодательства о несостоятельности.

b) Государственные предприятия

88. Законодательство о несостоятельности может применяться ко всем видам должников, участвующих в коммерческой деятельности, будь то частные или государственные предприятия, особенно те государственные предприятия, которые конкурируют на рынке, где выступают как самостоятельные торговые или коммерческие единицы, а в других отношениях имеют такие же коммерческие и экономические интересы, что и частные предприятия. Здесь не ставится цель рассмотреть в ходе данного обсуждения государства, региональные органы власти, муниципальные органы и другие аналогичные виды организации или органов государственной власти, кроме тех случаев, когда они являются государственными предприятиями, действующими в качестве коммерческих предприятий.

89. Сам по себе тот факт, что предприятие принадлежит государству, не может служить достаточным основанием для исключения данного предприятия из сферы применения законодательства о несостоятельности, хотя ряд стран и придерживается такого подхода. Когда государство выполняет различные функции в отношении предприятия – не только как собственник, но и как заимодатель и крупнейший кредитор, – обычные коммерческие стимулы не применимы, принятие компромиссных решений может быть затруднено, и налицо основания для возникновения коллизии интересов. Поэтому включение таких предприятий в сферу действия режима несостоятельности имеет то преимущество, что распространяет на них требования такого режима, указывает, что финансовая поддержка таких предприятий со стороны государства не будет неограниченной, а также устанавливает процедуру, которая дает возможность свести к минимуму коллизии интересов.

90. Необходимость сделать исключения из общего принципа распространения на такие предприятия сферы применения общих положений законодательства о несостоятельности может возникать в тех случаях, когда государство проводит политику предоставления прямых гарантий в отношении обязательств таких предприятий, когда режим государственных предприятий входит в сферу изменений в макроэкономической политике, например осуществления широкомасштабной программы приватизации, или когда государственные предприятия действуют в таких чувствительных секторах экономики, как оказание основных услуг или сфера коммунального обслуживания (например, электро- и водоснабжение). В таких случаях может быть оправданным принятие отдельных законодательных актов, регулирующих соответствующие вопросы, в том числе вопросы несостоятельности. В настоящем *Руководстве* не затрагиваются вопросы, конкретно относящиеся к такому отдельному законодательству.

c) Должники, требующие особого режима

91. Хотя, возможно, было бы целесообразным распространить действие средств правовой защиты и требований законодательства о несостоятельности на как можно более широкий круг должников, может быть предусмотрен особый режим для некоторых предприятий специализированного характера, таких как банковские и страховые учреждения, предприятия коммунальной сферы, а также

[2] К ней, например, может относиться коммерческая деятельность, осуществляемая в благотворительных целях.

биржевые или товарные брокеры. Исключения в отношении таких видов должников получили широкое распространение в законодательстве о несостоятельности и в других сферах ввиду наличия детально разработанного правового режима регулирования, который часто действует в отношении этих предприятий вне контекста несостоятельности. Для того чтобы охватить вопросы несостоятельности таких должников, режимы регулирования могут включать положения, специально предназначенные для определенного вида регулируемых предприятий, или же могут быть предусмотрены специальные нормы в рамках общего законодательства о несостоятельности. Особые соображения, возникающие в связи с несостоятельностью таких должников и потребительской несостоятельностью, специально в настоящем *Руководстве* не рассматриваются.

2. Юрисдикция

92. Помимо обладания необходимыми коммерческими или предпринимательскими признаками должнику необходимо иметь достаточную связь с государством, для того чтобы на него распространялось действие законодательства этого государства о несостоятельности. Во многих случаях вопрос о применимости такого законодательства о несостоятельности не будет возникать, поскольку должник будет гражданином этого государства или лицом, постоянно проживающим в этом государстве, и будет осуществлять в нем свою коммерческую деятельность через правовую структуру, зарегистрированную или инкорпорированную в этом государстве. Однако когда встает вопрос о связи должника с государством, законодательство о несостоятельности устанавливает различные критерии, в их числе тот факт, что у должника в данном государстве находятся центр его основных интересов, предприятие или активы.

a) Центр основных интересов

93. Хотя в законодательстве некоторых стран о несостоятельности используются такие критерии, как основное коммерческое предприятие, ЮНСИТРАЛ применила в Типовом законе о трансграничной несостоятельности (Типовой закон ЮНСИТРАЛ) критерий "центра основных интересов" должника для определения надлежащего места возбуждения так называемого "основного производства" в отношении этого должника. Этот критерий применяется также в Правиле Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности (Правило ЕС). В Типовом законе ЮНСИТРАЛ этот термин не определяется; в Правиле ЕС (раздел 13) указывается, что этот термин должен обозначать "место, в котором должник осуществляет административное управление своими интересами на регулярной основе и которое поэтому третьи стороны могут установить в качестве такового". Надлежащим критерием был бы критерий, установленный в статье 16(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ и в статье 3 Правила ЕС: центром основных интересов считается зарегистрированная контора должника или обычное место жительство, когда речь идет о физическом лице, если не доказано, что центр его основных интересов расположен в ином месте. К должнику, центр основных интересов которого находится в том или ином государстве, должно применяться законодательство этого государства о несостоятельности.

94. Несмотря на введение критерия "центра основных интересов", в случае, когда речь идет о должнике, имеющем активы в нескольких государствах, может оказаться, что он отвечает требованиям, согласно которым к нему применимо законодательство о несостоятельности более чем одного государства, в силу использования различных критериев определения возможности открытия производства в отношении должника или же различий в толковании одного и того же критерия; в итоге во всех этих странах могут быть возбуждены отдельные производства по делу о несостоятельности. В таких случаях было бы

целесообразным иметь законодательные акты, основывающиеся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, для регулирования вопросов координации и сотрудничества[3]. В плане применения различных критериев в Типовом законе главный акцент делается на приоритете центра основных интересов и основного производства, но в то же время признается, что другие критерии, например, такие как наличие активов, могут применяться для возбуждения после признания основного производства в другой стране местного "неосновного" производства по вопросу о местных активах[4].

b) Предприятие

95. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той юрисдикции, в которой должник имеет предприятие. Термин "предприятие" определяется в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ как означающий "любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги". Аналогичное определение содержится в статье 2 Правила ЕС, однако без упоминания "услуг". По существу предприятие представляет собой коммерческое предприятие, которое не обязательно является центром основных интересов. Это определение, как и термин "центр основных интересов", имеет важное значение для общей структуры Типового закона ЮНСИТРАЛ и установленного им режима для дел о трансграничной несостоятельности в качестве критерия признания иностранного производства по делу о несостоятельности и принятия мер по оказанию помощи. Во многих странах руководители предприятия, которое неспособно выплатить свои долги, несут личную ответственность перед кредиторами, если только они не откроют производство по делу о несостоятельности. Поэтому наличие права на открытие производства на основании такого критерия, как предприятие, имеет значение для внутреннего режима несостоятельности и режима активов данного должника в каком-либо конкретном государстве.

96. В Правиле ЕС аналогичным образом предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той юрисдикции, в которой должник имеет предприятие (так называемое вторичное производство). Как правило, такое производство ограничивается ликвидационным производством, охватывающим активы должника, которые находятся на территории этого государства. В зависимости от характера предприятия и соответствующих активов должника в ограниченном числе случаев могут возникать ситуации, когда реорганизационное производство может проводиться на базе предприятия.

c) Наличие активов

97. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность открытия производства по делу о несостоятельности должником или в отношении должника, который имеет или имел активы в пределах данной юрисдикции, причем наличия предприятия или центра основных интересов должника в пределах этой юрисдикции не требуется. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает признания иностранного производства по делу о несостоятельности, открытого на основании наличия активов, хотя в нем предусматривается, что местное производство на основании наличия активов

[3] Типовой закон и Руководство по его принятию включены в настоящее *Руководство* в качестве главы VII.

[4] Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 28.

может быть открыто в государстве, признающем основное иностранное производство, для решения вопросов в отношении таких местных активов[5].

98. Вероятно, можно было бы провести различие между ликвидационным и реорганизационным производством, открытым на основании наличия активов; хотя наличие активов и может служить надлежащей основой для возбуждения ликвидационного производства в отношении конкретных активов, находящихся в соответствующем государстве, этого условия может оказаться недостаточно для возбуждения реорганизационного производства, особенно в тех случаях, когда производство, возбужденное в центре основных интересов, является ликвидационным производством или когда соответствующие активы являются ограниченными. Хотя в одной из стран действительно предусматривается, что наличия активов достаточно для открытия реорганизационного производства (и что это производство может затрагивать активы должника, где бы они ни находились), этот вариант не получил широкого распространения. В случае открытия производства на основании наличия активов в отношении многонационального должника, как правило, возникает необходимость в координации этого производства с другими юрисдикциями, в которых должник имеет центр своих основных интересов и, возможно, предприятия. Поэтому применение критерия наличия активов может породить проблему множественной юрисдикции, включая возможность открытия нескольких производств и проблему координации и сотрудничества в связи с такими производствами, что может потребовать применения Типового закона ЮНСИТРАЛ.

d) Компетентные суды

99. В связи с юрисдикцией возникает также вопрос о том, какие суды компетентны возбуждать производство по делу о несостоятельности и решать вопросы, возникающие в ходе такого производства. Вопрос о компетенции возбуждать производство и все последующие проблемы, возникающие в ходе проведения производства по делу о несостоятельности, могут разрешаться одним и тем же судом того или иного государства, либо рассмотрение разных вопросов будет относиться к компетенции разных судов. В целях повышения прозрачности и облегчения использования законодательства о несостоятельности на благо должников, кредиторов и третьих сторон (особенно если они из другой страны) в законодательстве следует четко указать, какие суды обладают юрисдикцией для выполнения тех или иных конкретных функций. Хотя положения, уточняющие, какие суды обладают юрисдикцией в отношении производства по делу о несостоятельности, могут не всегда включаться в законодательство о несостоятельности, было бы полезным включать в такое законодательство ссылку на положения другого законодательства, определяющего юрисдикцию судов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикции, – это установление:

а) видов должников, подпадающих под действие этого законодательства;

[5] Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 28, и Руководство по его принятию, пункты 184–187; см. главу VII.

b) видов должников, которые могут быть исключены из сферы применения этого законодательства;

c) должников, имеющих достаточную связь с государством, для того чтобы на них распространялось действие этого законодательства; и

d) судов, обладающих юрисдикцией в отношении возбуждения и ведения производства по делам о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности

1) Законодательство должно регулировать производство по делу о несостоятельности в отношении всех должников, участвующих в коммерческой деятельности, будь то физические или юридические лица, включая государственные предприятия[6], и независимо от того, занимаются ли они коммерческой деятельностью с целью извлечения прибыли или нет.

2) Исключения из сферы применения законодательства должны быть ограниченными и прямо указанными в таком законодательстве[7].

Юрисдикция

3) В законодательстве должно быть конкретно указано, какие должники имеют достаточную связь с государством, позволяющую применять в отношении них это законодательство. Могут использоваться различные подходы к выявлению соответствующих связующих факторов, однако основания, на которых на должника может быть распространено действие этого законодательства, должны включать[8]:

a) центр основных интересов должника находится в данном государстве; или

b) предприятие должника находится в данном государстве.

4) В законодательстве должна быть предусмотрена презумпция, согласно которой при отсутствии доказательств противного считается, что центр основных интересов юридического лица находится в том государстве, в котором расположена его зарегистрированная контора, а центр основных интересов физического лица находится в том государстве, в котором оно имеет обычное местожительство.

5) Законодательство должно определять понятие "предприятие" как означающее "любое место операций, в котором должник осуществляет не

---

[6] Руководство для законодательных органов не предназначено для применения в отношении вопросов несостоятельности государств, региональных органов власти, муниципальных органов или других аналогичных организаций, за исключением тех случаев, когда они относятся к категории "государственных предприятий".

[7] Для организаций, действующих в секторах, для которых характерна высокая степень регулирования, например, таких как банки и страховые компании, может потребоваться специальный режим, который соответственно может устанавливаться в отдельных нормативных актах о несостоятельности или в специальных положениях общего законодательства о несостоятельности. Могут также исключаться некоторые государственные предприятия, например, те из них, которые действуют в чувствительных секторах экономики.

[8] Настоящая рекомендация предназначена для указания минимальных и неисчерпывающих оснований для открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах используются другие основания, например наличие активов, в связи с этим см. главу I.A.2c), а также пункты 184–187 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, включенные в главу VII.

носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги"[9].

6) В законодательстве должно быть четко указано (или должна содержаться ссылка на соответствующее законодательство, в котором устанавливается), какие категории судов обладают юрисдикцией в отношении открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства.

B. Открытие производства

1. Введение

100. Стандарт открытия производства занимает центральное место в структуре законодательства о несостоятельности. Этот стандарт, устанавливающий основополагающие условия, при соблюдении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, имеет важнейшее значение для выявления тех должников, на которых может распространяться действие защитных и регламентарных механизмов законодательства о несостоятельности, и для определения тех сторон, которые могут подавать заявления об открытии производства, будь то должник, кредиторы или иные стороны.

101. В качестве общего принципа желательно, чтобы стандарт открытия производства был прозрачным и недвусмысленным и содействовал удобному, эффективному с точки зрения затрат и оперативному доступу к производству по делу о несостоятельности с тем, чтобы поощрять находящиеся в трудном финансовом положении или несостоятельные коммерческие предприятия к добровольному открытию производства. Кроме того, желательно обеспечить гибкость доступа с точки зрения различных возможных видов производства по делу о несостоятельности (реорганизация и ликвидация), простоты определения производства, наиболее подходящего для конкретного должника, а также возможности преобразования одного вида производства в другой. Ограничительный доступ может стать фактором, удерживающим от открытия производства как должников, так и кредиторов, хотя любые задержки могут причинить ущерб в плане последствий для стоимости активов и успешного завершения производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации. Простоту доступа необходимо сочетать с установлением надлежащих и достаточных гарантий для предотвращения ненадлежащего использования производства. К примерам ненадлежащего использования можно отнести заявление должника, не испытывающего финансовых трудностей, поданное им с тем, чтобы воспользоваться предусмотренными законодательством защитными мерами, например, такими как автоматический мораторий, и избежать либо отсрочить платежи кредиторам, и заявление кредиторов, являющихся конкурентами должника, когда целью такого заявления является использование производства по делу о несостоятельности для нанесения ущерба деловым операциям должника и получения таким образом конкурентных преимуществ[10].

102. Законодательство разных стран различно в отношении конкретного стандарта, который должен быть соблюден, прежде чем можно будет открыть производство по делу о несостоятельности. В законодательстве ряда стран предусматриваются также альтернативные стандарты и проводится различие между стандартами, применимыми к открытию ликвидационного и

[9] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, пункт (f) ст. 2.

[10] Этот аспект рассматривается также в контексте отказа в удовлетворении заявления об открытии производства и в прекращении производства, часть вторая, глава I.B.5(d) и 8.

реорганизационного производства, а также между заявлениями должника и кредиторов.

2. Стандарты открытия производства

a) Критерий ликвидности, движения наличности или полного прекращения платежей

103. Стандарт, который широко используется для открытия производства по делу о несостоятельности, известен как стандарт ликвидности, движения наличности или общего прекращения платежей. Для этого требуется, чтобы должник вообще прекратил платежи и чтобы он не располагал достаточными наличными средствами для обслуживания своих существующих обязательств по мере наступления срока их исполнения в ходе обычной коммерческой деятельности. О полном прекращении платежей должником может свидетельствовать, в частности, невнесение им арендных платежей, неуплата налогов, невыдача заработной платы и надбавок служащим, неуплата по счетам расчетов с поставщиками и другие существенные коммерческие расходы. Этот критерий, как таковой, позволяет кредиторам выявлять определяющие факторы. Применение этого критерия призвано обеспечить открытие производства по делу о несостоятельности на достаточно ранних этапах в период тяжелого финансового положения должника, с тем чтобы свести к минимуму распыление активов и избежать острой конкуренции между кредиторами в борьбе за активы, что может привести к расчленению предприятия должника в ущерб коллективным интересам всех кредиторов. Если предусмотреть возможность открытия производства только после того, как должник сможет продемонстрировать наступление балансовой несостоятельности (когда бухгалтерский баланс должника свидетельствует о том, что стоимость пассивов должника превышает стоимость его активов, о чем идет речь ниже), то это может привести лишь к отсрочке наступления неизбежного результата и к сокращению размера возмещения.

104. Одна из проблем, связанных с применением критерия общего прекращения платежей, которую следует учитывать, заключается в том, что неспособность должника оплатить свою задолженность после наступления срока ее погашения может указывать лишь на временные трудности с движением наличности или ликвидностью на предприятии, которое в остальном является жизнеспособным. На современных конкурентных рынках конкуренция может вынуждать участников рынка временно мириться со снижением доходов и даже терпеть убытки, ради того чтобы поднять конкурентоспособность и сохранить или получить долю на рынке. Хотя в каждом случае все зависит от фактических обстоятельств, желательно, чтобы законодательство по делу о несостоятельности послужило для судов руководством при определении того, был ли соблюден стандарт открытия производства, с тем чтобы избежать преждевременного вывода о несостоятельности.

b) Балансовый критерий

105. Одной из альтернатив критерию общего прекращения платежей может служить балансовый критерий, в основе которого лежит превышение пассивов над активами как показатель финансового неблагополучия. Поскольку этот критерий основывается на информации, находящейся под контролем должника, на практике применение этого критерия ограничивает то обстоятельство, что другие стороны редко имеют возможность убедиться в реальном состоянии финансовых дел должника до тех пор, пока его финансовые трудности станут неоспоримым и часто необратимым фактом, и таким образом кредиторам было бы непросто использовать этот критерий в качестве основания для подачи своих заявлений. Кроме того, этот критерий может создать ошибочное представление о

финансовом положении должника, поскольку здесь главное внимание уделяется, по сути дела, вопросу бухгалтерского учета – как следует оценивать активы (например, ликвидационную стоимость в отличие от стоимости действующего предприятия), и поднимается вопрос о том, достоверен ли бухгалтерский баланс должника и является ли он подлинным свидетельством платежеспособности должника, особенно если стандарты бухгалтерского учета и методы исчисления стоимости приводят к получению результатов, которые не отражают справедливую рыночную стоимость[11] активов должника, или если рынки недостаточно развиты или стабильны для определения такой стоимости. Это особенно характерно для предприятий сферы обслуживания, которые по данному критерию могут быть с технической точки зрения несостоятельными из-за отсутствия активов даже тогда, когда предприятие, в сущности, является жизнеспособным. С другой стороны, предприятие может иметь позитивное сальдо при отсутствии движения денежной наличности, необходимого для поддержания предприятия.

106. Применение этого критерия может также привести к задержкам и трудностям в доказывании, поскольку для определения справедливой рыночной стоимости предприятия, как правило, потребуются услуги эксперта для анализа документов бухгалтерского учета, отчетности и финансовых данных[12]. Особенно трудно решить эту задачу в том случае, когда отчетность ведется ненадлежащим образом или не является легкодоступной. По этим причинам использование балансового критерия часто приводит к тому, что производство открывается тогда, когда уже не остается возможностей для реорганизации, а это может отрицательно повлиять на способность должника вести дело со своими кредиторами на коллективной основе, если он сохраняет управление своим предприятием, что, таким образом, мешает выполнению задачи по максимизации стоимости. Таким образом, этот критерий не является достаточно надежным, чтобы служить единственной основой определения рыночной стоимости, и его, по всей видимости, целесообразно использовать в сочетании с критерием прекращения платежей. Использование балансового критерия таким образом может помочь в установлении несостоятельности, поскольку переносит акцент на то, являются ли активы, независимо от того, во сколько они оценены,

---

[11] Справедливой рыночной стоимостью, как правило, считается стоимость, которая, как можно разумно ожидать, может быть получена в результате операции купли-продажи между независимым покупателем и продавцом, когда ни одна из сторон не обязана покупать или продавать. В отсутствие реальной купли-продажи стоимость может иметь в известной мере умозрительный характер, поскольку она основывается на предположениях, сделанных в отношении условий купли-продажи данных активов. Для того чтобы сделка имела менее гадательный характер, разработаны методы определения приблизительной стоимости на основе купли-продажи сопоставимых предприятий и активов или на основе множественного потенциала предприятий с точки зрения получения доходов. На тех рынках, где трудно продать активы вследствие насыщения рынка или из-за того, что для данных активов рынка не существует, исчислить стоимость нелегко.

[12] Балансовая стоимость того или иного актива представляет собой сумму, указанную в отношении этого актива для целей бухгалтерского учета. Она, как правило, является производной от первоначальной покупной стоимости, скорректированной с учетом совокупного воздействия таких факторов, как износ, амортизация, уценка до уровня любой более низкой текущей рыночной цены или, иногда, переоценка в сторону повышения в соответствии с принципами бухгалтерского учета. Несмотря на существование общепринятых принципов бухгалтерского учета (ГААП), подробно истолкованных Международным советом по стандартам бухгалтерского учета, важно отметить, что не существует общепризнанных руководящих принципов бухгалтерского учета, диктующих основу для оценки активов для целей бухгалтерского учета. Кроме того, балансовая стоимость активов для целей управленческого учета может не совпадать со стоимостью, по которой эти же активы оцениваются при включении в проверенные финансовые отчеты по состоянию на конец года. В результате балансовая стоимость активов может иметь мало общего с суммами, за которые они могут быть реализованы для удовлетворения требований кредиторов, или вообще быть никак не связана с ними.

достаточными для исполнения должником своих обязательств, включая обязательства, срок исполнения которых еще не наступил.

c) Разработка стандарта открытия производства

107. В законодательстве о несостоятельности для установления стандарта открытия производства критерий общего прекращения платежей и балансовый критерий используются в различных сочетаниях. В законодательстве некоторых стран принята простая форма критерия общего прекращения платежей – если должник не в состоянии выполнить свои обязательства после наступления срока их исполнения. В законодательстве других стран этот критерий тоже принят, но дополняется и другими условиями, например, о том, что прекращение платежей должно свидетельствовать о трудном финансовом положении, которое не носит временного характера, что кредитоспособность должника под угрозой и что ликвидация предприятия должника является обоснованной и справедливой мерой. Чем больше условий добавляется к стандарту открытия производства, тем труднее будет их выполнять, особенно если добавленные условия имеют субъективный характер. Это может привести к оспариванию заявлений, что сопряжено с задержками, неопределенностью и расходами. Напротив, при использовании сравнительно простых и ясных критериев может возникнуть тенденция к включению большего числа дел, однако это можно компенсировать упрощенной процедурой подачи заявления в результате использования таких критериев.

108. Еще один подход предусматривает сочетание критерия прекращения платежей с балансовым критерием. По условиям в одном из примеров требуется, чтобы должник помимо прекращения платежей имел чрезмерную задолженность, причиной которой является, например, неспособность должника оплатить свои долги после наступления срока их погашения в силу того, что его пассивы превышают его активы. Подход, сочетающий оба критерия, может помочь в открытии производства при отсутствии информации о наличии общего неисполнения (дефолта) и в получении более полного представления о финансовом положении должника в настоящее время и в будущем. Например, балансовый критерий может способствовать учету задолженности, срок погашения которой еще не наступил, что в ином случае при использовании критерия прекращения платежей не учитывалось бы, но будет весьма актуальным, например, в плане вероятности успешной реорганизации.

109. В законодательстве о несостоятельности может быть принят единый стандарт несостоятельности, и в этом случае критерий прекращения платежей обеспечивает эффективный механизм предоставления доступа к производству о несостоятельности; как отмечалось выше, балансовый критерий имеет целый ряд недостатков и не должен использоваться в качестве единственного критерия. В законодательстве о несостоятельности может быть также принят стандарт, содержащий как критерий прекращения платежей, так и балансовый критерий. Если следовать такому подходу, то производство может быть открыто при соблюдении любого из критериев.

i) Неизбежная несостоятельность (предполагаемая неликвидность)

110. Законодательство некоторых стран, где принят лишь критерий прекращения платежей, содержит также положение, согласно которому должник может подавать заявление об открытии производства на основании неизбежной несостоятельности или предполагаемой неспособности производить платежи в том случае, если должник будет не в состоянии исполнить свои будущие обязательства после наступления срока их исполнения. Хотя в некоторых случаях предполагаемая неспособность может относиться лишь к короткому периоду в будущем, могут иметь место случаи, в которых она будет относиться к

гораздо более продолжительному периоду времени в зависимости от характера подлежащего исполнению обязательства. Фактические обстоятельства, которые могут позволить установить предполагаемую неспособность выполнить обязательства, могут включать случаи, когда должник имеет долгосрочное обязательство произвести платеж по долгу, который, как ему известно, он будет не в состоянии произвести, или когда речь идет об ответчике по коллективному деликтному иску, который знает, что он не сможет обеспечить себе успешную защиту и будет не в состоянии оплатить связанные с этим убытки.

ii) Виды производства, которое может быть открыто

111. Вторым аспектом стандарта открытия производства является вид производства, которое может быть открыто (см. также часть первую, главу II). В законодательстве некоторых стран стандарт открытия производства, независимо от того, основывается ли он на критерии общего прекращения платежей или на балансовом критерии, дает основание для открытия либо ликвидационного, либо реорганизационного производства. Если заявление об открытии ликвидационного производства подается кредитором, законодательство о несостоятельности может разрешать должнику подавать заявление о преобразовании ликвидационного производства в реорганизационное. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности, где предпочтение отдается реорганизации, должно возбуждаться реорганизационное производство, однако оно может быть преобразовано в ликвидационное производство, если будет доказано, что предприятие должника не может быть реорганизовано. Согласно еще одному подходу отклик на заявления является нейтральным, и выбор между ликвидацией и реорганизацией будет сделан лишь по истечении определенного срока, в течение которого оценивается финансовое положение должника.

3. Ликвидация

a) Стороны, которые могут подать заявление

112. Законодательство о несостоятельности, как правило, допускает подачу заявления об открытии ликвидационного производства должником, одним или несколькими кредиторами, каким-либо государственным органом, либо в силу закона, если согласно ему неисполнение должником определенного требования закона (например, о сохранении установленного объема активов) автоматически приводит к открытию производства по делу о несостоятельности.

b) Подача заявления должником

113. В законодательстве многих стран о несостоятельности для подачи должником заявления об открытии ликвидационного производства установлен критерий общего прекращения платежей. Поскольку на практике заявление должника об открытии ликвидационного производства, как правило, является последним средством в условиях больших финансовых трудностей, законодательство некоторых стран разрешает должнику подавать заявление либо на основании того, что он перестал оплачивать долги по мере наступления срока их погашения, или же, в качестве альтернативы, на основании простой декларации о его финансовом положении, например, о том, что он не способен или не намерен погашать свою задолженность (в отношении юридического лица такая декларация может быть представлена директорами или другими членами руководящего органа). Законодательство о несостоятельности, по крайней мере в одной из стран, не требует, чтобы должник заявлял о каком-либо конкретном финансовом положении. В подобных случаях, независимо от того, какое бремя доказывания возложено на должника, в законодательстве о несостоятельности следует предусматривать, с одной стороны, ситуации, в которых можно

допустить признание финансовой декларации должника при отсутствии возражений со стороны кредиторов, и, с другой стороны, ситуации, в которых у должника следует выяснить, каково его финансовое положение, в связи с возникновением сомнений относительно его финансового положения или в связи с возражениями кредиторов против открытия производства, и проводить различие между этими ситуациями. Эти вопросы могут в определенной степени учитываться с помощью процедуры открытия производства. Если от суда требуется вынести решение об открытии производства, то он, например, будет иметь возможность рассмотреть заявление, а кредиторы смогут представить свои возражения в ходе этого слушания. Если заявление предполагает автоматическое открытие производства, то кредиторы и другие заинтересованные стороны все равно будут иметь возможность представить свои возражения, хотя и после открытия производства [см. пункты 5b) и 8, ниже]. В обоих случаях могут быть рассмотрены попытки злоупотребления процедурой подачи заявления.

i) Установление обязательства должника подать заявление

114. Одним из моментов, касающихся подачи заявлений должниками, является вопрос о том, следует ли возлагать на должника обязательство подать заявление об открытии производства на определенном этапе его финансовых трудностей. Какого-либо повсеместно принятого подхода к этому вопросу не существует. Законодательство некоторых стран о несостоятельности или надлежащем руководстве предприятием включает положения, обязывающие должника подать заявление в течение определенного периода времени (от двух недель до 60 дней) после того, как он оказался не в состоянии оплатить свои долги после наступления срока их погашения, или после того, как он узнал о своей чрезмерной задолженности, определяемой путем ссылки на баланс его предприятия. В законодательстве некоторых стран конкретно указывается порядок определения прекращения платежей, который может предусматривать, например, ссылку на банковскую отчетность, показывающую, что данный должник не выплатил определенную процентную долю своей совокупной задолженности в течение определенного периода времени, например двух месяцев. В случае ликвидации наложение такого обязательства может защитить интересы кредиторов путем предупреждения дальнейшего распыления активов должника, а в случае реорганизации – повысить вероятность ее успешного проведения, содействуя принятию мер уже на ранних этапах. Этот аспект может иметь важное значение в тех странах, где нет достаточного числа активных кредиторов, которые сами откроют производство. Вместе с тем накопленный в некоторых странах опыт позволяет предположить, что наложение на должника обязательства подать заявление по истечении определенного числа дней или недель после потери способности производить платежи или же прекращения платежей приводит лишь к подаче должниками заявлений, не отражающих подлинного состояния банкротства (и, таким образом, действительной необходимости в ликвидации или реорганизации). В некоторых странах это также накладывает дополнительную нагрузку и на инфраструктуру решения вопроса о несостоятельности, если она не развита в той мере, в какой необходимо для рассмотрения большого числа заявлений на этот предмет после наложения такого обязательства.

115. При введении такого обязательства могут также возникнуть сложные практические вопросы о том, как и когда оно должно применяться, особенно в том случае, когда задержка с подачей заявления об открытии официального производства может привести к возникновению личной ответственности работников предприятия должника, членов его руководящего органа или его управляющих. В подобных обстоятельствах действие этой нормы может удерживать должника от поиска альтернативных решений, касающихся его

финансовых трудностей, например внесудебной договоренности о реорганизации, которая в определенных случаях может оказаться более приемлемой альтернативой[13]. Кроме того, обязательство подавать заявление ничего не даст, если оно не сочетается с наложением (и обеспечением исполнения) санкций за неисполнение этого требования. Установление стимулов (например, применение моратория для защиты должника от принудительных и иных действий – см. главу II.B) может оказаться более действенным средством поощрения должников к открытию производства на раннем этапе, чем введение санкций за неисполнение обязательства о подаче заявления.

c) Подача заявления кредитором

116. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности для подачи кредитором заявления об открытии ликвидационного производства в отношении должника предусматривается условие о прекращении платежей, которое часто сопровождается дополнительным условием о том, что значительная часть задолженности должна считаться неоспоримой и быть свободной от зачета требований. В законодательстве небольшого числа стран предусматривается, что задолженность должна основываться на судебном решении. В тех случаях, когда применительно к заявлениям кредитора установлен критерий общего прекращения платежей, может возникать проблема доказывания. Хотя отдельные кредиторы нередко способны доказать, что должник не совершил платеж по их требованию или требованиям, доказать факт общего прекращения платежей может быть непросто. На практике кредитору нужно иметь возможность представить в относительно простой форме доказательства, устанавливающие презумпцию несостоятельности должника, но чтобы при этом на кредиторов не возлагалось неоправданно тяжелое бремя доказывания. Для конкретизации критерия общего прекращения платежей с целью установления нижнего предела доказывания, который должен быть соблюден кредиторами, достаточно удобным и объективным критерием может послужить неспособность должника выплатить долг после наступления срока его погашения в течение установленного периода времени после предъявления письменного требования об оплате или после наступления срока платежа. Такие положения включены в законодательство о несостоятельности ряда стран, причем в тех случаях, когда необходимо предъявление формального требования, устанавливается конкретный срок – от восьми дней до 24 недель. Законодательство некоторых стран о несостоятельности включает также положение о том, что основанием для подачи заявления служит безуспешность попыток взыскания долга, предпринятых в течение конкретно установленного срока, например в течение трех месяцев, до подачи заявления об открытии производства. Если в законодательстве необходимо предусмотреть определенные сроки, то для выполнения основных задач по обеспечению быстрого доступа к производству по делу о несостоятельности и сохранению стоимости, вероятно, желательно предусмотреть сравнительно короткие сроки.

117. Законная заинтересованность в открытии производства по делу о несостоятельности есть и у кредиторов, срок погашения по требованиям которых еще не наступил. Особое беспокойство может возникать, например, у держателей долгосрочной задолженности. Там, где критерием является наступление срока погашения задолженности, эти кредиторы никогда не смогут получить право добиваться открытия производства, даже если очевидно, что должник будет не в состоянии выполнить свое соответствующее обязательство после наступления срока его исполнения. Один из подходов мог бы заключаться в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности предусматривалось, что

[13] Этот вопрос подробнее рассматривается в контексте упрощенного реорганизационного производства и соответствующих критериев открытия производства, см. часть вторую, главу IV.B.

невнесение обусловленного очередного платежа в счет долгосрочной задолженности может послужить основанием для подачи кредитором заявления. Однако разработка критерия, позволяющего подавать заявление в подобных обстоятельствах, может породить трудные проблемы в плане доказывания, особенно в отношении того, как невнесение всего лишь одного платежа позволяет охарактеризовать финансовое положение должника. Если бы в законодательстве о несостоятельности допускалась подача заявлений кредиторами, срок погашения долговых требований которых еще не наступил, эти вопросы доказывания потребовалось бы сбалансировать с учетом задачи обеспечить удобный, недорогой и оперативный доступ к производству по делу о несостоятельности. Эти проблемы можно было бы разрешать с использованием стандарта, содержащего как критерий прекращения платежей, так и балансовый критерий.

118. Помимо требований, касающихся прекращения платежей, наступления срока погашения долга и неоспоримости долгового требования, законодательство некоторых стран о несостоятельности включает и другие требования, например о том, чтобы заявление об открытии производства подавалось не одним, а несколькими кредиторами (при этом от каждого из них может требоваться, чтобы он был необеспеченным кредитором, имеющим неоспариваемое требование), а также о том, чтобы кредиторы не только обладали долговыми требованиями с наступившим сроком погашения, но и чтобы их требования отражали оговоренную совокупную стоимость требований (либо предусматривается одновременно и оговоренное число кредиторов, и совокупная сумма требований).

119. В основе этих требований часто лежит желание свести к минимуму возможность ненадлежащего использования этой процедуры каким-либо одним кредитором, который может попытаться использовать процедуру несостоятельности вместо механизма принудительного взыскания задолженности, особенно в случае незначительного размера указанной задолженности, или небольшой группой кредиторов, задолженность которым составляет лишь часть общей суммы задолженности должника. Однако доводы в пользу такого подхода, возможно, потребуется сбалансировать с учетом задачи обеспечения быстрого и беспрепятственного доступа к производству по делу о несостоятельности. Обеспокоенность по поводу ненадлежащего использования может быть снята посредством учета стоимости долгового требования одного кредитора (хотя указание конкретной стоимости долговых требований не всегда может быть оптимальным методом разработки, поскольку колебания валютных курсов могут вызвать необходимость внесения поправок в законодательство) или принятия процедуры, требующей от должника предоставления суду информации, которая позволит ему определить, является ли неуплата долга результатом спора с конкретным кредитором или она действительно свидетельствует об отсутствии ликвидных активов. Обеспокоенность по поводу ненадлежащего использования можно также снять, сосредоточив усилия на мерах, удерживающих от ненадлежащего использования, вместо установления сложного стандарта открытия производства, способного пойти во вред всем правомочным должникам, а также предусмотрев определенные последствия, например возмещение убытков за вред, причиненный должнику. Такое возмещение может относиться не только к издержкам и расходам, понесенным должником, но и к нарушению коммерческой деятельности должника.

d) Подача заявления государственным органом

120. Если кредитором является государство, оно должно иметь такое же право на возбуждение ликвидационного производства, что и любой другой кредитор. Этим правом, как правило, наделяется какой-либо конкретный государственный орган (обычно прокуратура или орган с теми же функциями) или иное надзорное

учреждение, при этом обычно должен применяться тот же стандарт открытия производства, что и при подаче заявлений другими кредиторами.

121. В некоторых странах для государственных органов или иных надзорных учреждений предусматриваются дополнительные более широкие полномочия по использованию режима несостоятельности с целью прекращения деятельности предприятия в обстоятельствах, при которых этот государственный орган необязательно является кредитором, но закрытие предприятия считается отвечающим интересам государства и общества. В таком случае не всегда требуется демонстрация факта неликвидности, что позволяет государству прекращать операции предприятий, занимающихся определенными видами деятельности, имеющими, как правило, мошеннический или преступный характер или связанными с грубым нарушением регулирующих их деятельность обязательств либо характеризующимися сочетанием и тех и других факторов. Принимая во внимание возможность злоупотребления этими полномочиями в обстоятельствах, не связанных с несостоятельностью, и слишком широкого определения оснований с точки зрения интересов государства и общества, весьма желательно, чтобы такие полномочия предоставлялись лишь в весьма ограниченных обстоятельствах и лишь в качестве крайней меры при отсутствии надлежащих средств правовой защиты в соответствии с другими положениями законодательства. Эти ограниченные обстоятельства могут включать использование полномочий в случае несостоятельности в сочетании с приведением в исполнение законодательных положений, например положений, касающихся отмывания денег или регулирования ценных бумаг, когда демонстрация факта несостоятельности может не потребоваться. Они также могут включать обстоятельства, связанные с фактическими признаками несостоятельности, когда, например, орган государственной власти действует в интересах большого числа мелких кредиторов, ни одному из которых не причитается достаточно большая сумма задолженности, оправдывающая подачу заявления об открытии производства, но которым деятельность должника тем не менее наносит ущерб.

122. При необходимости использования режима несостоятельности подобным образом могут также потребоваться определенные меры защиты. Например, может потребоваться предварительное расследование дел должника или могут быть приняты предварительные меры, такие как ходатайство о моратории и назначении временного управляющего в деле о несостоятельности в целях предотвращения возможности ненадлежащих действий в период, пока не последовало решение суда о том, какие дальнейшие меры следует принять в отношении предприятия. Рассмотренные выше дополнительные полномочия должны предоставляться, как правило, только для открытия ликвидационного производства, хотя могут быть и исключительные обстоятельства, при которых ликвидация может быть преобразована в реорганизацию при условии соблюдения ряда условий. Эти условия могут включать требование о законном характере коммерческой деятельности и о передаче управления предприятием должника управляющему в деле о несостоятельности или государственному учреждению.

4. Реорганизация

a) Стороны, которые могут подавать заявление

123. По вопросу о том, кто может подавать заявление об открытии реорганизационного производства, подходы, используемые в законодательстве о несостоятельности, различаются еще больше, чем в отношении заявлений об открытии ликвидационного производства, а в законодательстве ряда стран подача заявления разрешена только должнику.

b) Подача заявления должником

124. Одной из целей реорганизационного производства является создание основы, поощряющей должников к усилиям по урегулированию своих финансовых проблем на раннем этапе, что позволило бы продолжать деятельность предприятия на благо как должника, так и кредиторов. Этой цели отвечал бы более гибкий стандарт открытия производства, чем в случае ликвидации, который не обязывал бы должника прежде, чем подать заявление, дождаться общего прекращения платежей, а разрешал бы подавать заявление при финансовых обстоятельствах, которые, если их не урегулировать, приведут к несостоятельности. В законодательстве различных стран о несостоятельности используются разные подходы к вопросу о подаче должником заявления о реорганизации. В законодательстве некоторых стран реорганизационная процедура фактически не требует соблюдения какого-либо материально-правового стандарта: должник может подать заявление, когда пожелает, и единственным требованием является направление простого ходатайства в соответствующий суд. В законодательстве других стран, включая законодательство тех стран, в которых используется единый подход (см. часть первую, главу II.D), указывается, что должник может подать заявление, если предполагает, что в будущем он будет не в состоянии оплатить свои долги после наступления срока их погашения (предполагаемая или неизбежная несостоятельность или неликвидность). Положения законодательства ряда стран, касающиеся реорганизации, также требуют привести доказательства реальной или обоснованно предполагаемой перспективы сохранения предприятия должника или экономической жизнеспособности его предприятия.

125. Можно предположить, что упрощение стандарта открытия производства могло бы стать стимулом для злоупотребления производством по делу о несостоятельности. Например, должник, не испытывающий финансовых трудностей, может обратиться с заявлением об открытии производства и представить план реорганизации, направленный на то, чтобы дать ему возможность избежать исполнения обременительных обязательств, например трудовых соглашений, с тем чтобы получить возможность провести новые переговоры по своей задолженности или уклониться от оплаты и лишить кредиторов возможности своевременного получения платежей по долгам в полном объеме. Эту ситуацию следует отличать от тех ситуаций, в которых должников следует поощрять к подаче заявления об открытии производства, например, потому, что оплата задолженности, срок погашения которой наступил, вызвала финансовые трудности, способные привести к несостоятельности, и должник может отвечать критерию неизбежной несостоятельности или предполагаемой неликвидности [см. главу I.B.2c)i), выше], даже если на момент подачи заявления он фактически не является несостоятельным. Иными словами, в ситуации, когда имеются финансовые основания для подачи заявления. Возможно ли такое ненадлежащее использование производства, зависит от того, каким образом спланированы элементы реорганизационного производства, включая стандарт открытия производства, требования о подготовке плана реорганизации, сохранение должником контроля над предприятием после открытия производства и санкции за ненадлежащее использование такой процедуры. Как отмечено выше, вероятно, целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности было направлено на предотвращение ненадлежащего использования этой процедуры, а не на усложнение процедуры открытия производства, что может нанести ущерб всем сторонам, имеющим право подавать заявления. Вопрос о ненадлежащем использовании производства должником может быть урегулирован, например, путем включения положения о том, что соответствующий суд вправе отклонить заявление и что в этом случае должник несет ответственность за возмещение кредиторам их затрат,

понесенных в связи с возражением против заявления, а также за любой вред, причиненный таким заявлением.

c) Подача заявления кредитором

126. Хотя в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что ликвидационное производство может быть открыто по инициативе как кредитора, так и должника, нет единого мнения о том, может ли реорганизационное производство возбуждаться и по инициативе кредитора, и, как отмечено выше, в законодательство ряда стран включено положение, предусматривающее подачу заявлений только должниками. С учетом того, что одной из целей реорганизационного производства является повышение стоимости активов и, таким образом, увеличение поступлений по искам кредиторов благодаря продолжению деятельности и реорганизации предприятия должника, желательно, чтобы правом на подачу заявления обладал не только должник. Еще одна причина для предоставления кредиторам права подавать заявления заключается в том, что могут быть случаи, когда должник не будет или не сможет подавать заявление об открытии производства, например, из-за отставки руководства. Право кредиторов на подачу заявлений о реорганизации имеет также основное значение для решения вопроса о том, могут ли кредиторы предлагать план реорганизации (см. главу IV). Ряд стран придерживается позиции, согласно которой кредиторам следует предоставить возможность предлагать такой план, поскольку во многих случаях они являются основными бенефициарами успешной реорганизации. Если придерживаться такого подхода, то представляется целесообразным предусмотреть, чтобы кредиторы также могли подавать заявление об открытии реорганизационного производства.

127. В законодательстве о несостоятельности, в котором кредиторам разрешается ходатайствовать о реорганизации предприятия должника, используются различные подходы к стандарту открытия производства. Один из подходов отражен в тех положениях законодательства о несостоятельности, которые устанавливают такой же критерий, включая предполагаемую неликвидность, какой применяется в случае подачи заявления о реорганизации должником. Согласно другому подходу считается, что использование одного и того же критерия не вполне обоснованно. Это обусловлено не только трудностями, связанными со способностью кредиторов доказать соблюдение должником стандарта предполагаемой неликвидности, но и тем, что в принципе открытие производства по делу о несостоятельности в какой-либо форме против воли должника представляется необоснованным, кроме как в случаях, когда кредиторам удастся доказать, что их права уже были нарушены.

128. Для разрешения этих проблем, касающихся открытия реорганизационного производства кредитором, в законодательстве некоторых стран установлен стандарт открытия производства, который требует от кредиторов продемонстрировать некоторые другие факторы в дополнение к несостоятельности. Например, что текущие наличные средства будут достаточными для покрытия расходов на повседневную деятельность предприятия, что объем активов окажется достаточным для осуществления реорганизации и что объем поступлений кредиторам в результате реорганизации может превысить объем поступлений в результате ликвидации. Один из явных недостатков таких подходов заключается в том, что от кредиторов требуется перед подачей заявления произвести или иметь возможность произвести детальную оценку предприятия. В свою очередь, такая оценка может основываться на получении от должника информации, необходимой для такой оценки и достаточно достоверной для того, чтобы можно было произвести такую оценку. Эти проблемы можно разрешить, если, например, предусмотреть, что в случае подачи заявления кредиторами оценку финансового положения должника осуществит независимый орган. Такая процедура может иметь то

преимущество, что она обеспечивает открытие производства только в надлежащих случаях. Однако необходимо принять меры для обеспечения того, чтобы дополнительные требования не усложняли порядок подачи заявления, что отбивает у кредиторов охоту предлагать реорганизацию и заставляет их предпочесть ликвидацию, как более легкий альтернативный вариант, или ведет к задержке в открытии производства со всеми вытекающими из этого неблагоприятными последствиями для максимизации стоимости активов и вероятности успешного завершения реорганизации. Следует также позаботиться о том, чтобы ситуация, связанная с несостоятельностью, не использовалась конкурентом должника для получения ценной коммерческой или конфиденциальной информации либо для того, чтобы нарушить деятельность его предприятия путем навязывания необоснованных требований в отношении оценки его финансового положения.

129. Законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает свой вариант критерия прекращения платежей, требуя, чтобы заявление подавалось конкретно установленным числом кредиторов или кредиторами, предъявляющими долговые требования на конкретно установленную сумму, срок исполнения которых наступил, либо теми и другими кредиторами. Законодательство других стран требует, чтобы кредиторы, подавая заявление, вносили залог или производили платеж для покрытия издержек, связанных с открытием производства[14]. Можно сказать, что эти требования имеют те же недостатки, какие были отмечены выше в отношении требования о том, чтобы для успешного осуществления реорганизации имелись достаточные средства.

130. Вопрос о сложности или простоте стандартов открытия производства тесно связан с последствиями открытия и ведения производства по делу о несостоятельности. Например, согласно положениям такого законодательства о несостоятельности, в котором после открытия производства автоматически вводится мораторий, способность предприятия продолжать коммерческие операции и перспективы успешной реорганизации могут быть оценены после открытия производства (а преобразование производства в ликвидационное может произойти в том случае, если будет определено, что реорганизация является нецелесообразной, при условии, что закон разрешает такие действия). В других системах такая информация может требоваться до подачи заявления, поскольку выбор процедуры реорганизации предполагает, что она приведет к более значительным поступлениям для кредиторов, чем процедура ликвидации.

131. По причинам, рассмотренным в предыдущих пунктах, возможно, было бы целесообразным применять один и тот же стандарт открытия производства к заявлениям кредиторов, касающимся как ликвидации, так и реорганизации предприятия должника (то есть критерий общего прекращения платежей). Такой стандарт, как представляется, соответствует как двойному, так и единому подходу (см. часть первую, главу II.D), если применение иного стандарта открытия производства связано не с видом возбуждаемого производства, а с тем фактом, является ли заявитель должником или кредитором. Исключением из подхода, предусматривающего один и тот же стандарт открытия производства в отношении как ликвидации, так и реорганизации, были бы те системы, в которых более предпочтительной является реорганизация и в рамках которых как должнику, так и кредитору запрещается инициировать ликвидационное производство до тех пор, пока не будет установлено, что реорганизация невозможна. В этом случае критерием открытия ликвидационного производства

[14] Такой платеж может также использоваться для выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности (см. часть вторую, главу III.B; см. также обсуждение вопроса об издержках, связанных с производством по делу о несостоятельности, часть вторую, главу I.B.6).

будет не общее прекращение платежей, а решение о том, что реорганизация не может иметь успеха.

5. Процессуальные вопросы

a) Подача заявления об открытии производства

132. В законодательстве о несостоятельности следует предусматривать конкретный порядок открытия производства по делу о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности многих стран требует, чтобы заявление подавалось в тот или иной конкретный суд, хотя имеются и другие примеры, такие как законодательное положение, предусматривающее, что открытие производства осуществляется путем подачи должником заявления в орган, регулирующий деятельность корпораций. В связи с этим возникает вопрос об участии суда в производстве по делу о несостоятельности, который рассматривается в части первой. Помимо законодательства о несостоятельности, порядок открытия производства по делу о несостоятельности может затрагиваться и другими нормами права, например, такими как нормы конституционного права (которые могут касаться, например, роли судов и административных учреждений и вопросов компетенции), процессуального права (включая регламент суда) или права, регулирующего деятельность акционерных компаний.

b) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности

133. Предварительный процессуальный вопрос касается порядка открытия производства после подачи соответствующего заявления. Во многих странах обычной практикой является вынесение компетентным судом на основании заявления решения о том, выполнены ли необходимые условия для открытия производства. В ряде стран такое решение может быть вынесено также соответствующим административным учреждением или трибуналом, если это учреждение играет центральную надзорную роль в производстве по делу о несостоятельности. В то же время основной вопрос заключается не столько в том, какой орган выносит решение об открытии производства, сколько в том, что должен сделать этот орган для утверждения заявления и открытия производства. Условия открытия производства, составленные так, чтобы содействовать своевременному и беспрепятственному доступу к производству по делу о несостоятельности, не только способствуют рассмотрению заявления судом или другим органом благодаря упрощению процессуальных процедур и в надлежащих случаях помогают суду принять своевременное решение, но и могут способствовать сокращению издержек, связанных с таким производством, а также увеличению прозрачности и предсказуемости. Кроме того, меньше вероятность того, что такие условия открытия производства окажутся обременительными для систем, которым может недоставать институционального потенциала или опыта проведения сложных расследований, требующих специальных знаний и опыта в коммерческой и предпринимательской сфере. Вопрос об издержках и выплатах, связанных с доступом к производству по делу о несостоятельности, имеет особое значение для мелких и средних коммерческих предприятий. Еще одним фактором, который следует отметить в связи с процедурой открытия производства, является появившаяся в последнее время в законодательстве ряда стран о несостоятельности тенденция к признанию того, что должник имеет основное право быть заслушанным судом или органом, который будет выносить решение относительно заявления об открытии производства, независимо от того, подано ли заявление должником или кредитором.

134. При выдвижении требований относительно открытия производства в законодательстве некоторых стран проводится различие между заявлением

должника и заявлением кредитора. Согласно законодательству ряда стран, заявление должника служит признанием несостоятельности и ведет к автоматическому открытию производства, если только не будет доказано, что должник злоупотребляет законодательством о несостоятельности. Напротив, если, согласно законодательству этих стран, заявление подается кредитором, от суда требуется до вынесения решения об открытии производства рассмотреть вопрос о том, были ли соблюдены критерии в отношении открытия производства. При этом главная цель – избежать злоупотреблений со стороны кредиторов или других заинтересованных сторон. Согласно законодательству некоторых других стран, суд, независимо от того, подано ли заявление должником или кредиторами, должен не только вынести решение о том, были ли соблюдены условия открытия производства, но и определить, соответствует ли испрашиваемый вид производства конкретному положению должника.

135. Если требуемая оценка сложна, то существует вероятность не только затягивания промежутка между временем подачи заявления и временем открытия производства, но и возникновения за этот период новых долгов, поскольку должник продолжает свою коммерческую деятельность и идет на увеличение торговой задолженности ради сохранения потока наличных средств, а также распыления активов в результате действий кредиторов. Если от суда требуется дать оценку по различным аспектам, прежде чем может быть открыто производство, один из способов, позволяющих по возможности упростить такую потенциально сложную оценку, заключается в том, чтобы предусмотреть, во-первых, проведение оценки после открытия производства, когда суд может рассчитывать на содействие со стороны управляющего в деле о несостоятельности и других специалистов, и, во-вторых, возможность преобразования ликвидации в реорганизацию и наоборот. В случае применения этого подхода в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть четкие нормы в отношении применения моратория (см. главу II.B), приоритет погашения возникшей задолженности [см. главу V.C.1b)] и правомочие должника распоряжаться активами в течение данного периода (см. главу II.A.2), а также режима несанкционированных сделок, совершаемых в период проведения оценки (см. главу II.F).

c) Установление предельного срока для вынесения решения об открытии производства

136. Если от суда требуется вынести решение об открытии производства, то целесообразно, чтобы такое решение было вынесено своевременно для обеспечения как определенности, так и предсказуемости процесса принятия решения и эффективного, без проволочек, ведения производства. Это особенно важно в случае реорганизации для избежания дальнейшего снижения стоимости активов и для повышения шансов на успешную реорганизацию. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливаются предельные сроки в отношении периода после подачи заявления, в течение которого должно быть принято решение об открытии производства. В этом законодательстве часто проводится различие между заявлениями должников и кредиторов, причем в случае подачи заявления должниками решение, как правило, принимается более оперативно. Любой дополнительный период для подачи заявлений кредиторами имеет целью создать возможность для незамедлительного направления должнику соответствующего уведомления, а должнику – возможность дать ответ в связи с таким заявлением.

137. Хотя подход, при котором устанавливаются предельные сроки, может содействовать обеспечению определенности и прозрачности в интересах как должника, так и кредиторов, преимущества от достижения этих целей следует, очевидно, сопоставить с возможными недостатками данного подхода. Например, фиксированный срок может не обеспечивать достаточной гибкости для учета

обстоятельств конкретного дела. Такой срок может быть установлен произвольно без учета ресурсов, имеющихся в распоряжении органа, ответственного за осуществление надзора над производством о несостоятельности, или местных приоритетов такого органа (особенно если несостоятельность является лишь одним из вопросов, которыми он ведает). Кроме того, может быть нелегко обеспечить соблюдение установленных сроков органом, ответственным за принятие решения, и предусмотреть соответствующие последствия в случае несоблюдения таких сроков. Период времени между подачей заявления и принятием решения об открытии производства должен также соответствовать виду испрашиваемого производства, процессу подачи заявления и отражать последствия открытия производства в любом конкретном режиме. Например, насколько далеко должен продвинуться прогресс уведомления заинтересованных сторон и сбора информации перед открытием производства, зависит от режимов, предусматривающих разные периоды времени. В силу этих причин целесообразно использовать в законодательстве о несостоятельности гибкий подход, подчеркивающий преимущества оперативного принятия решения и содержащий рекомендации относительно того, какой срок следует считать разумным, и в то же время признающий местные ограничения и приоритеты.

d) Отклонение заявления об открытии производства

138. В предыдущих пунктах упоминался ряд примеров, когда желательно, чтобы в случаях, когда от суда требуется вынесение решения об открытии производства, суд имел право отклонить заявление об открытии производства либо по причине ненадлежащего использования законодательства о несостоятельности, либо по техническим причинам, касающимся соблюдения требований стандарта открытия производства. Упомянутые примеры включают случаи подачи заявления как должником, так и кредитором. Главными среди оснований для отклонения заявления по техническим причинам могут быть те случаи, когда установлено, что должник не в состоянии соблюсти стандарт открытия производства; когда долг является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей эту сумму; когда производство не имеет смысла, поскольку, например, сумма обеспеченной задолженности превышает сумму активов; и когда должник не обладает достаточным объемом активов для оплаты расходов по управлению имущественной массой в деле о несостоятельности, а в законе не предусмотрено иного положения об управлении этой имущественной массой.

139. К примерам ненадлежащего использования можно отнести те случаи, когда должник использует заявление об открытии производства по делу о несостоятельности для уклонения от незамедлительной оплаты своей задолженности кредиторам или для необоснованного лишения кредиторов возможности получения такой незамедлительной оплаты либо в качестве средства, позволяющего освободиться от исполнения обременительных обязательств, например, таких как трудовые соглашения. Если заявление подает кредитор, к таким примерам можно отнести те случаи, когда кредитор использует несостоятельность в качестве ненадлежащей замены процедуры принудительного взыскания задолженности (которая может быть недостаточно разработанной); в качестве попытки вытеснить с рынка жизнеспособное предприятие или получить выплаты на преференциальной основе путем применения принудительных мер в отношении должника (в случае осуществления подобных выплат на преференциальной основе и несостоятельности должника основной функцией производства по делу о несостоятельности будет проведение расследования).

140. Как отмечено выше, при наличии доказательства ненадлежащего использования производства по делу о несостоятельности со стороны должника

или кредиторов в законодательстве о несостоятельности, помимо отклонения заявления, может быть предусмотрено, что на сторону, допускающую ненадлежащее использование производства, могут быть наложены санкции и что эта сторона должна оплатить расходы и, возможно, возместить убытки другой стороне за любой причиненный ей вред. Средства правовой защиты могут также предусматриваться положениями другого законодательства, не связанного с вопросами несостоятельности.

e) Уведомление об открытии производства

141. Среди нескольких ключевых задач режима несостоятельности центральное место занимает уведомление о факте подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, а также об открытии этого производства. Оно обеспечивает прозрачность процесса и достаточную информированность на равной основе всех заинтересованных сторон – кредиторов в случае подачи заявления должником и должника в случае подачи заявления кредитором.

i) Заявления, поданные должниками, – уведомление, направляемое кредиторам

142. В случае подачи заявления должником кредиторы и другие соответствующие стороны прямо заинтересованы в получении уведомления об открытии производства и о возможности оспорить презумпции правомочности (возможно, в течение установленного срока, для того чтобы не допустить необоснованного затягивания производства). Вместе с тем возникает вопрос о том, когда следует направлять уведомление кредиторам – когда подано заявление или когда открывается производство. В определенных обстоятельствах, невзирая на заинтересованность кредиторов в получении информации о факте подачи заявления, вероятно, следует учитывать возможность того, что в случае направления уведомления о подаче заявления отклонение затем этого заявления может оказать нежелательное негативное воздействие на положение предприятия должника или же у кредиторов может появиться стимул для предъявления в последний момент исков о взыскании по своим требованиям. Эти проблемы могут быть решены, если предусмотреть общее положение о том, что кредиторы будут получать уведомление лишь об открытии производства. Другая проблема может быть связана с возможными последствиями для кредиторов задержки на время между моментом подачи заявления должником и моментом открытия производства, если они будут получать уведомление только об открытии производства. В этот промежуточный период кредиторы будут заинтересованы в получении уведомления о подаче заявления, с тем чтобы иметь возможность принять компетентное решение относительно продолжения предоставления товаров и услуг должнику во избежание дальнейшего накопления задолженности. Хотя не исключена возможность принятия гибкого положения об уведомлении, позволяющего суду предусматривать направление уведомления в подобных обстоятельствах, было бы лучше решать этот вопрос в рамках законодательства о несостоятельности путем указания на сроки для принятия решения об открытии производства и на необходимость избегать задержки.

ii) Заявления, поданные кредиторами, – уведомление, направляемое должнику

143. В случае подачи кредитором заявления об открытии производства по делу о несостоятельности все чаще признается, что должник должен иметь непременное право на немедленное уведомление о подаче заявления, а также возможность быть заслушанным и оспорить претензии заявителей относительно его финансового положения (см. главу III.A.3). В случае исчезновения должника или его уклонения от вручения уведомления ему лично, вероятно, достаточно предусмотреть публичное уведомление или же уведомление может быть

направлено по последнему известному адресу должника. Тем не менее могут возникнуть исключительные обстоятельства, в которых может быть предусмотрена возможность с согласия суда обойтись без личного уведомления должника на том основании, что оно может противоречить цели данного конкретного заявления. Эти обстоятельства могут включать случаи, когда в результате направления уведомления о подаче заявления должник может переместить активы таким образом, что они станут недоступными для кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. Контраргумент заключается в том, что в случае неуведомления должника он может по незнанию продолжать действовать в ущерб стоимости своих активов, а стало быть, и в ущерб кредиторам. Эту проблему лучше всего было бы решать с помощью таких временных мер, как установление моратория вместо отказа от уведомления о подаче заявления. Однако если в законодательстве суду и разрешается обходиться без уведомления о подаче заявления, должник тем не менее должен как можно скорее получить уведомление об открытии производства.

iii) Уведомление об открытии производства, направляемое иным сторонам помимо кредиторов

144. Помимо кредиторов может быть целый ряд иных сторон, которым может требоваться уведомление об открытии производства. К этим сторонам можно отнести почтовое ведомство (особенно если в законодательстве требуется, чтобы корреспонденция на имя должника доставлялась управляющему в деле о несостоятельности), налоговые органы, органы социального обеспечения и органы, регулирующие деятельность корпораций.

iv) Порядок направления уведомления

145. Помимо вопроса о том, когда следует направлять уведомление, в законодательстве о несостоятельности для обеспечения эффективности уведомления, вероятно, следует предусмотреть порядок направления уведомления и информацию, которую оно должно содержать. Порядок направления уведомления может касаться таких вопросов, как сторона, которая должна направить уведомление (например, суд или сторона, подающая заявление об открытии производства), и порядок предоставления информации, причем основное внимание должно быть уделено доставке или публикации в той форме, которая в целом с наибольшей вероятностью позволит довести информацию до сведения заинтересованных сторон. Например, наряду с возможностью направления в индивидуальном порядке уведомления непосредственно известным кредиторам[15] (хотя в отдельных случаях эффективность этого метода будет зависеть от состояния учетных документов должника), необходимость информирования неизвестных кредиторов заставила законодателей принять широкие требования, такие как публикация в официальном правительственном издании либо в коммерческой или широко распространяемой газете. Эта газета может быть регионального, национального или местного уровня (в смысле распространения там, где находится предприятие должника) в зависимости от обстоятельств дела и от того, что окажется эффективнее с точки зрения затрат. Например, не всегда может потребоваться дорогостоящая публикация в национальной газете, если предприятие должника базируется и действует на местном уровне. Во избежание излишней громоздкости процесса уведомления и чтобы в каждом случае не требовалось выяснять, какой способ направления уведомления окажется наиболее эффективным, в соответствующем обязательстве должна быть ссылка на

[15] Этому будет способствовать ссылка на список кредиторов, который должен быть предоставлен должником в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, см. главу III.A.4b) и III.B.4. См. также статью 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

стандартные формы, допускающая определенную гибкость для учета местных условий. Другие варианты обеспечения эффективного уведомления могут включать различные формы электронной связи и использование соответствующих общедоступных государственных реестров.

v) Содержание уведомления

146. Информация, которую требуется отразить в уведомлении, может касаться последствий открытия производства (особенно в отношении введения моратория – см. главу II); срока для предъявления исков; порядка и места предъявления исков; процедуры и любых формальных требований, необходимых для предъявления исков; рекомендаций в отношении того, какие кредиторы должны предъявлять иски (например, должны ли обеспеченные кредиторы предъявлять иск – см. главу V.A); последствий непредъявления иска или его предъявления в неустановленной форме; и информации относительно подтверждения исков и совещаний кредиторов.

6. Должники, имеющие недостаточный объем активов

147. Многие должники, которые могли бы отвечать критерию открытия производства по делу о несостоятельности, не подвергаются формальной процедуре ликвидации их предприятий либо потому, что кредиторы не желают возбуждать производство, если представляется, что должник не имеет или имеет недостаточно активов для финансирования ведения производства по делу о несостоятельности, либо потому, что должники в подобном положении редко предпринимают шаги с целью открытия производства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что в случае подачи заявления об открытии производства в подобных обстоятельствах заявление отклоняется на основании оценки степени недостаточности активов, произведенной судом, тогда как в законодательстве других стран предусматривается механизм назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения (см. главу III.B.3). В некоторых других странах в законодательстве предусматривается взыскание с кредиторов дополнительных средств для оплаты расходов по управлению имущественной массой (см. раздел "Сборы", ниже).

148. Имеется ряд причин, особенно связанных с интересами государства и общества, для разработки механизма, позволяющего при очевидном недостатке или отсутствии активов управлять предприятием должника в рамках официального производства. Если в законодательстве о несостоятельности не предусматривается проведение предварительного расследования несостоятельных компаний с недостаточным объемом активов или вообще не имеющих активов, это законодательство вряд ли обеспечит соблюдение норм справедливой коммерческой деятельности или реализацию стандартов благого управления коммерческими предприятиями. Активы могут изыматься из компаний или переводиться в компании-партнеры еще до ликвидации без опасений в отношении возможного расследования или применения положений об оспаривании либо других гражданско-процессуальных или уголовно-процессуальных норм. Наличие механизма управления поможет развеять представление о допустимости такого злоупотребления, сможет обеспечить возврат средств кредиторам в случае расторжения предшествующих сделок, а также возможность расследования деятельности по управлению предприятиями таких должников и может стимулировать предпринимательскую деятельность и осознанное принятие экономических рисков посредством освобождения от ответственности и предоставления возможности возобновить деятельность предпринимателям и другим лицам, участвующим в коммерческой деятельности – в случае добросовестности должника карательные и сдерживающие аспекты законодательства о несостоятельности будут не столь актуальными.

149. Как отмечалось выше, механизмы управления такой имущественной массой могут включать: взимание с кредиторов дополнительного сбора для финансирования процесса управления; создание какого-либо государственного органа или использование существующего органа для управления имуществом несостоятельных должников; учреждение фонда, из которого могут покрываться такого рода издержки; назначение одного из включенных в реестр специалистов по вопросам несостоятельности – по списку или на основе системы ротации, – что призвано обеспечить справедливое и упорядоченное распределение всех дел о несостоятельности как при недостаточном, так и при достаточном объеме активов, когда управляющий в деле о несостоятельности будет получать установленное вознаграждение от государства или когда издержки будет покрывать непосредственно управляющий в деле о несостоятельности и в целом перекрестно субсидироваться его клиентами (поскольку, если управляющий является специалистом, ставки его вознаграждения могут быть скорректированы с учетом неоплачиваемой работы, такой подход не может использоваться в том случае, когда управляющий в деле о несостоятельности является государственным должностным лицом). В случае включения этого механизма в законодательство о несостоятельности, вероятно, потребуется также уделить внимание определению тех должников, в отношении которых применимы эти положения, например, путем упоминания должника, стоимость имеющихся активов которого меньше предписанной стоимости не обремененных долгами активов и нет постоянного источника дохода, что в ином случае позволило бы приступить к процессу ликвидации.

7. Сборы в связи с производством по делу о несостоятельности

150. Помимо оперативности и действенности, одним из важных аспектов эффективного режима несостоятельности, существенным на всех этапах производства по делу о несостоятельности, является эффективность с точки зрения затрат. Поэтому при разработке режима несостоятельности важно избежать возникновения ситуации, при которой такое производство сопряжено со значительными издержками, которые будут сдерживать кредиторов, препятствовать открытию производства и мешать достижению основных целей этого производства. Данный аспект имеет особое значение в случае несостоятельности малых и средних предприятий. Кроме того, он может быть особенно важным, когда, например, должник имеет крупную задолженность, охватывающую целый ряд более мелких кредиторов, индивидуальные долги которым могут оказаться недостаточными для покрытия издержек, связанных с процедурой подачи заявления, или когда в имущественной массе имеется мало активов.

151. Подача заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности как должниками, так и кредиторами может быть сопряжена с уплатой сборов. В отношении уровня взимаемых сборов могут использоваться разные подходы. Один из них может заключаться в установлении сбора, который может использоваться для содействия покрытию издержек, связанных с системой несостоятельности. Однако, если итоговая сумма сбора будет высокой, это может стать сдерживающим фактором и противоречить цели обеспечения удобного, эффективного с точки зрения затрат и легкодоступного производства по делу о несостоятельности. С другой стороны, очень низкая сумма сбора может оказаться недостаточной для предотвращения подачи непродуманных заявлений, и поэтому желательно добиться сбалансированности этих целей. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности от кредиторов, подающих заявление, требуется гарантия покрытия издержек, связанных с производством, но не свыше определенной фиксированной суммы, уплаты определенной процентной доли от общей суммы исков либо какой-либо фиксированной суммы в качестве гарантии оплаты издержек. Согласно

законодательству тех стран, в которых требуется выплата определенной суммы в качестве обеспечения издержек, эта сумма может быть возмещена за счет имущественной массы при наличии достаточных активов, а некоторые кредиторы, например служащие, освобождаются от предоставления требуемого обеспечения. В законодательстве некоторых других стран в качестве условия для открытия производства требуется, чтобы необремененные долгами активы, входящие в состав имущественной массы, были достаточными для покрытия издержек, связанных с производством. Если их размер недостаточен, то в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается отклонение заявления или распространение на него режима, предусмотренного положениями об имущественной массе, имеющей небольшую сумму активов или не имеющей их вообще (см. выше). Согласно еще одному подходу устанавливается сумма сборов, которая может взиматься в виде фиксированной процентной доли от стоимости активов, входящих в состав имущественной массы. В случае крупной задолженности это может привести к уплате существенной суммы сбора за счет имущественной массы, что удерживает как кредитора, так и должника от подачи заявлений.

8. Прекращение производства после его открытия

152. Помимо обстоятельств, в которых заявление об открытии производства может быть отклонено, как об этом говорится выше [глава II.B.5d)], бывает, что законодательство о несостоятельности разрешает прекратить производство уже после его открытия. Процедура прекращения применима независимо от того, влечет ли заявление должника автоматическое открытие производства и в момент открытия производства не существует никакой возможности, позволяющей кредиторам и другим заинтересованным сторонам оспорить заявление, или от того, что решение об открытии производства принято судом. Основания для прекращения производства, в сущности, те же, что и для отклонения заявления, то есть ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности будь то должником или кредиторами или несоответствие должника критерию открытия производства на момент его открытия.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений об открытии производства по делу о несостоятельности:

a) облегчить должникам и кредиторам доступ к предусмотренным законодательством средствам правовой защиты;

b) установить прозрачные и четкие критерии открытия производства;

c) создать возможности для подачи и рассмотрения заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности оперативным, действенным и эффективным с точки зрения затрат образом;

d) установить гарантии защиты как должников, так и кредиторов от ненадлежащего использования процедуры подачи заявлений;

e) установить требования относительно эффективного уведомления об открытии производства.

Содержание законодательных положений

7) Законодательство должно включать положения, касающиеся как реорганизации, так и ликвидации предприятия должника.

Стандарт открытия производства

– Лица, которым разрешается подавать заявление

8) В законодательстве должны указываться стороны, которым разрешается подавать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, к которым следует отнести должника и любого из его кредиторов[16].

– Заявление, подаваемое должником

9) В законодательстве следует предусмотреть, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто по заявлению должника, если должник сможет доказать, что:

a) он в целом не может или не сможет оплатить свои долги по мере наступления срока их погашения; или

b) стоимость его пассивов превышает стоимость его активов[17].

– Заявления, подаваемые кредиторами

10) В законодательстве следует предусмотреть, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто по заявлению кредитора, если можно доказать, что:

a) должник в целом не способен оплатить свои долги после наступления срока их погашения; или

b) стоимость пассивов должника превышает стоимость его активов.

Презумпция неплатежеспособности должника

11) В законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрена презумпция того, что если должник не оплатит один или несколько из своих долгов, срок погашения которых наступил, и если вся сумма долга не является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме испрашиваемого долга или превышающей эту сумму, то данный должник считается в целом неспособным уплатить свои долги[18].

Открытие производства по заявлению должника

12) В законодательстве следует предусмотреть, что в случае подачи заявления об открытии производства должником:

a) заявление об открытии производства приведет к автоматическому открытию производства по делу о несостоятельности; или

---

[16] К их числу будет относиться и государственный орган, являющийся кредитором должника.

[17] Настоящая рекомендация и рекомендация относительно подачи заявлений кредиторами направлены на то, чтобы законодатели проявляли гибкость при разработке стандартов открытия производства на основании подхода, использующего единый или двойной критерии. Если в законодательстве используется единый критерий, он должен основываться на неспособности должника оплатить долги по мере наступления срока их погашения (критерий прекращения платежей), а не на балансовом критерии. Если в законодательстве предусматриваются оба критерия (критерий прекращения платежей и балансовый критерий), производство может быть открыто в случае соблюдения одного из этих критериев.

[18] Если должник не уплатил долг с наступившим сроком погашения и кредитор получил судебное решение в отношении должника в связи с этим долгом, необходимости в установлении презумпции неспособности должника уплатить свои долги не возникает. Должник может опровергнуть эту презумпцию, показав, например, что он способен оплатить свои долги, что его долг является предметом правомерного спора или что срок погашения долга не наступил. Рекомендации в отношении направления уведомления об открытии производства обеспечивают должнику защиту путем установления требования о том, чтобы уведомление о подаче заявления об открытии производства направлялось должнику, и путем предоставления должнику возможности опровергнуть данную презумпцию.

b) суд немедленно примет решение о своей юрисдикции, а также о том, является ли должник правомочным и соблюден ли стандарт открытия производства, и в случае позитивного решения открывает производство по делу о несостоятельности.

Открытие производства по заявлению кредитора

13) Если заявление об открытии производства подается кредитором, то в законодательстве в целом следует предусмотреть, что:

a) уведомление о подаче заявления должно быть немедленно направлено должнику[19];

b) должнику должна быть предоставлена возможность дать ответ на заявление; и

c) суд должен немедленно принять решение о своей юрисдикции, а также о том, является ли должник правомочным и соблюден ли стандарт открытия производства, и в случае позитивного решения открыть производство по делу о несостоятельности[20].

Отклонение заявления об открытии производства

14) В законодательстве следует предусмотреть, что, если решение об открытии производства должно приниматься судом, суд может отклонить такое заявление и в случае необходимости возложить на заявителя издержки или применить против него санкции, если установит, что:

a) он не обладает юрисдикцией; должник не является правомочным лицом либо не отвечает стандарту открытия производства; или

b) подача заявления представляет собой ненадлежащее использование законодательства.

15) В случае подачи заявления кредитором в законодательстве следует предусмотреть, что должник незамедлительно уведомляется о решении отклонить заявление.

Уведомление об открытии производства

16) В законодательстве следует установить процедуры направления уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности.

– *Общее уведомление*

17) В законодательстве следует предусмотреть, что способы направления уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности должны быть надлежащими[21] с целью обеспечения вероятности того, что соответствующая информация дойдет до заинтересованных сторон[22]. В законода-

---

[19] Если местонахождение должника неизвестно и с ним нельзя установить связь, в общем законодательстве можно предусмотреть соответствующие нормы, касающиеся направления уведомления в подобных обстоятельствах.

[20] Принятие решения о том, соблюден ли стандарт открытия производства, бывает сопряжено с рассмотрением вопроса о том, является ли задолженность предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме задолженности или превышающей эту сумму [см. также главу II.B.5d)].

[21] Вопрос о том, что считается надлежащим в том или ином конкретном случае, будет связан также с соображениями эффективности с точки зрения затрат, и в законодательстве о несостоятельности не следует, например, требовать дорогостоящей публикации в национальной газете, если можно обойтись публикацией в местной газете.

[22] Общее уведомление, как правило, делается путем изложения информации в таком издании, как, например, официальная правительственная газета, широко распространяемая национальная, региональная или местная газета, с помощью электронных средств или через соответствующие государственные реестры.

тельстве следует указать сторону, которая несет ответственность за направление такого уведомления.

– *Направление уведомления кредиторам*

18) В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление об открытии производства должно направляться кредиторам в индивидуальном порядке, если только суд не сочтет, что в данных обстоятельствах было бы целесообразнее использовать какую-либо иную форму уведомления[23].

– *Содержание уведомления*

19) В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление об открытии производства по делу о несостоятельности должно содержать:

a) информацию, касающуюся предъявления исков, включая время и место предъявления;

b) процедуру и требования в отношении формы предъявления исков;

c) последствия непредъявления иска в соответствии с пунктами a) и b); и

d) информацию, касающуюся подтверждения исков, установления моратория и его последствий, а также совещаний кредиторов.

Должник, не имеющий достаточного объема активов

20) В законодательстве следует предусмотреть режим для должников, чьих активов и источников дохода недостаточно для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности. Могут быть использованы разные подходы, в том числе:

a) отклонение заявления, за исключением случаев, когда должник является физическим лицом, имеющим право на освобождение от ответственности; или

b) открытие производства, когда могут быть использованы различные механизмы назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения[24].

Прекращение производства по делу о несостоятельности

21) Законодательство должно разрешать суду прекращать производство, если после его открытия суд определит, например, что:

a) производство представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности; или

b) должник не был правомочным лицом или не отвечал стандарту открытия производства на момент его открытия.

22) В законодательстве следует предусмотреть, что в случае прекращения производства суд может, в зависимости от обстоятельств, возложить на заявителя расходы или санкции, связанные с открытием производства.

23) Законодательство должно содержать требование о направлении уведомления о решении суда относительно прекращения производства.

---

[23] Обязательство о подготовке списка кредиторов, которым должно быть направлено уведомление, рассматривается в рамках обязательств управляющего в деле о несостоятельности и должника (см. главу III).

[24] См. главу III.B.

II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

A. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

1. Введение

153. Основополагающим элементом производства по делам о несостоятельности является необходимость выявления, сбора, сохранения и реализации активов, которые принадлежат должнику. Во многих системах урегулирования дел о несостоятельности в отношении этих активов устанавливается специальный режим, иногда именуемый имущественной массой в делах о несостоятельности, в отношении которой управляющий в деле о несостоятельности будет обладать, за некоторыми исключениями, конкретно оговоренными полномочиями.

154. В настоящем руководстве термин "имущественная масса" используется в его функциональном смысле для ссылки на активы должника, которые находятся под контролем управляющего в деле о несостоятельности и на которые распространяется производство по делу о несостоятельности. В толкованиях понятия имущественной массы применительно к делам о несостоятельности в разных правовых системах имеются некоторые важные различия. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что правовой титул на активы передается назначенному должностному лицу (обычно управляющему в деле о несостоятельности). В других странах должник продолжает оставаться юридическим собственником активов, однако его полномочия на управление активами или распоряжение ими ограничены, потому что управляющий в деле о несостоятельности будет полностью контролировать эти активы либо потому что должник сможет распоряжаться активами лишь в ходе обычной предпринимательской деятельности, и пользование или распоряжение ими вне рамок обычной предпринимательской деятельности, в том числе путем создания обеспечительных интересов, потребует согласия управляющего в деле о несостоятельности или в некоторых случаях суда.

155. Независимо от правовых традиций соответствующей страны, в законодательстве о несостоятельности необходимо будет четко указывать те категории активов, на которые будет распространяться действие производства по делам о несостоятельности и которые, таким образом, будут включаться в понятие имущественной массы, и определять порядок, при котором они подпадают под действие таких процедур, включая уточнение относительных полномочий различных участников. Идентификация активов и их режим будут определять сферу применения и процедуру ведения производства и будут иметь существенные последствия для возможного успеха такого производства, в частности в случае реорганизации. Внесение в законодательство о несостоятельности четких и всеобъемлющих положений по этим вопросам позволит обеспечить прозрачность и предсказуемость процесса как для кредиторов, так и для должника.

2. Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности

a) Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности

156. Можно предположить, что в имущественную массу должны включаться все активы должника, в том числе его права и интересы в отношении собственности, где бы она ни находилась и независимо от того, находится ли она во владении должника на момент открытия производства, включая все материальные (как движимые, так и недвижимые) и нематериальные активы. В состав этой массы должны также включаться права и интересы в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, и в активах третьих сторон [в тех случаях, когда дальнейшее использование этих активов как части

имущественной массы может подпадать под действие иных положений законодательства о несостоятельности (см. главу II.C)]. Как правило, активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности либо должником, либо управляющим в деле о несостоятельности [за некоторыми исключениями, когда должниками являются физические лица (см. ниже)], равно как и активы, взыскиваемые путем расторжения сделок или каких-либо иных действий, также должны включаться в имущественную массу. Часть таких активов может быть свободно продана или обменена, тогда как на другие активы могут распространяться ограничения, связанные с положениями договорного либо иного права (например, не подлежащая передаче государственная лицензия или перечень клиентов, подпадающий под действие положений о конфиденциальности) либо касающиеся проблем посредничества, которые могут возникнуть в связи с другими правами на эти активы. Тем не менее желательно, чтобы, несмотря на подобные ограничения, такие активы включались в имущественную массу.

157. К материальным активам относятся активы, которые легко можно найти в балансе должника, такие как кассовая наличность, оборудование, товарные запасы, незавершенные строительные объекты, банковские счета, дебиторская задолженность и недвижимость. Активы, относимые к категории нематериальных, могут по-разному определяться в различных государствах в зависимости от внутригосударственного законодательства, однако к ним могут относиться интеллектуальная собственность, ценные бумаги и прочие финансовые документы, страховые полисы, договорные права (включая права на активы, которые находятся в собственности третьих сторон) и право на иск, возникающее из деликта[25] в объеме, соответствующем интересу должника. Включение в имущественную массу части нематериальных активов может вступить в противоречие с другими законами, в частности с законами, ограничивающими возможность передачи прав или связанными с защитой конфиденциальности. В случае физических лиц в имущественную массу могут включаться и такие активы, как права наследования, в которых должник имеет интерес или на которые он может претендовать в случае открытия производства по делу о несостоятельности или которые возникают в процессе производства по делу о несостоятельности, а также интерес должника в активах, находящихся в совместном владении должника и другого лица, включая супругу (супруга) должника.

158. Несмотря на желательность принятия широкого определения имущественной массы, включение в ее состав нескольких видов активов может вызвать определенные возражения. Часть этих активов – например принадлежащие должнику ничем не обремененные активы, активы, не оспариваемые третьими сторонами, и активы, полученные в порядке возмещения управляющим в деле о несостоятельности либо по иску, предъявленному третьей стороне, либо на основании решения об отмене предыдущих судебных решений, – могут быть включены в имущественную массу без особых затруднений. Другие же активы могут легко исключаться из состава имущественной массы, например, активы, которые принадлежат третьей стороне и в которых должник имеет интерес, либо активы, принадлежащие полностью на правах собственности супругу (супруге) должника. Но такие виды активов, как обремененные обеспечением, активы, находящиеся в совместной собственности и находящиеся за рубежом, а также некоторые нематериальные

[25] В тех случаях, когда должником является физическое лицо, некоторые правовые системы исключают деликты личного характера, например диффамацию, ущерб кредитоспособности или репутации либо причинение телесного вреда, когда должник сохраняет личное право предъявить иск и удерживать возмещение на том основании, что в ином случае стимул к возмещению вреда был бы ослаблен, но не имеет права требовать возмещения потери дохода, связанной с подобными основаниями иска.

активы и активы, которые принадлежат третьим сторонам и в которых должник имеет интерес, могут вызывать некоторые трудноразрешимые вопросы. Эти вопросы будут рассмотрены в нижеследующих разделах.

b) Обремененные активы

159. Один из вопросов, имеющих достаточно важное значение, заключается в том, охватывает ли законодательство о несостоятельности обремененные активы в качестве части имущественной массы в делах о несостоятельности. В законах о несостоятельности используются различные подходы применительно к режиму активов, обремененных обеспечительными интересами. В законодательстве многих стран предусматривается, что обремененные активы включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, причем открытие производства обусловливает наступление различных последствий, например, ограничение осуществления обеспечительных прав, принадлежащих кредиторам или третьим сторонам, в результате введения моратория или наступления других последствий открытия производства. Включение в имущественную массу обремененных активов и вытекающее отсюда ограничение на осуществление прав обеспеченных кредиторов может не только способствовать обеспечению равного режима для кредиторов, но и играть важнейшую роль в ходе производства, когда обремененные активы имеют решающее значение для предприятия. Например, когда производственное оборудование или арендованные производственные помещения играют жизненно важную роль для предприятия должника, реорганизация или продажа этого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы не может быть произведена без сохранения такого оборудования или арендуемых помещений для использования в рамках судебного производства. Преимущества, в частности при реорганизации и когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, заключаются в том, что могут использоваться все активы должника, доступные в составе имущественной массы по делу о несостоятельности с момента открытия производства по такому делу.

160. Если обремененные активы включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, то на них также могут распространяться определенные меры защиты, например меры, касающиеся сохранения стоимости обремененного актива или части актива, обеспеченного правом требования кредитора, а также оговоренных ситуаций, в которых обремененный актив может быть отделен от имущественной массы (см., например, главу II.C). В законодательстве о несостоятельности следует четко установить, что подобное включение не лишает обеспеченных кредиторов их имущественных прав на обремененные активы, даже если это в действительности приводит к ограничению осуществления таких прав (например, к отсрочке их осуществления путем применения моратория).

161. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что обеспечительное право не затрагивается производством по делу о несостоятельности и что обеспеченные кредиторы могут предпринимать действия для реализации своих юридических и договорных прав. Признавая, что могут возникать дела, в ходе производства по которым обремененные активы могут играть решающую роль, следует иметь в виду, что имеются и примеры законодательных положений, предусматривающих, что даже в том случае, когда такие активы не затрагиваются процедурой о несостоятельности, должник с согласия управляющего в деле о несостоятельности может просить суд не допускать принудительного исполнения, если данный актив является необходимым для продолжения функционирования предприятия. Преимущество исключения обремененных активов может заключаться, как правило, в расширении возможностей получения кредита, поскольку обеспеченные кредиторы будут уверены в том, что открытие производства по делу о

несостоятельности не будет иметь неблагоприятных последствий для их интересов. В то же время все чаще признают, что это общее преимущество для экономики является менее важным, чем те преимущества, которые могут быть получены в результате включения обремененных активов в состав имущественной массы в делах о несостоятельности и ограничения возможностей обеспеченных кредиторов осуществлять свои права, как было отмечено выше.

c) Активы, принадлежащие третьим сторонам

162. В некоторых правовых системах допускается, чтобы активы, на которые кредитор сохраняет правовой титул или право собственности (например, в случае удержания правового титула или в соответствии с договором аренды), отделялись от имущественной массы в делах о несостоятельности на том основании, что в законодательстве о несостоятельности должны уважаться законные права кредиторов на эти активы. В других же правовых системах вопросы отделения таких активов ставятся в зависимость от положений законодательства о несостоятельности, касающихся режима контрактов. Однако эта имущественная масса будет, как правило, включать, как указано выше в общем определении имущественной массы, любые права, которыми должник может обладать в отношении активов, принадлежащих таким третьим сторонам. Могут иметь место случаи, когда принадлежащие третьим сторонам активы могут, так же как обремененные активы, иметь решающее значение для продолжения деятельности предприятия, будь то при реорганизации или продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации. Для таких случаев в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразным предусмотреть определенный механизм, который позволит сохранять активы, принадлежащие третьей стороне, для использования в ходе производства по делу о несостоятельности при условии соблюдения интересов собственника, являющегося третьей стороной, и сохранения за этой третьей стороной права оспорить такое включение. Эти вопросы рассматриваются в главе II.C, ниже.

163. Если экономические условия сделки говорят о том, что она является механизмом финансирования приобретения активов, пусть даже оформленным, например, как аренда, то в некоторых законах такой механизм трактуется как договор об обеспеченном кредитовании, и в случае несостоятельности на арендодателя распространяется действие того же режима, что и на других обеспеченных кредиторов. Какая-либо сделка будет способом финансирования в том случае, если в конце срока аренды либо должник может сохранять данный актив для выплаты номинальной суммы, либо остаточная стоимость данного актива является незначительной. В законодательстве о несостоятельности права должника могут рассматриваться как часть имущественной массы в делах о несостоятельности, и оно может допускать при определенных условиях использование такого актива управляющим в деле о несостоятельности, как об этом говорится в главе II.C.

164. В тех случаях, когда интерес в активах, на который претендует должник, оспаривается третьей стороной, желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности возможность временной защиты таких активов с целью обеспечения их сохранения до вынесения судом решения по вопросу о том, кому они принадлежат. Для тех случаев, когда суд решит, что активы не входят в состав имущественной массы, в законе можно также предусмотреть урегулирование вопросов возмещения третьей стороне ущерба, возникшего в результате сохранения правового титула за должником. Вопрос об убытках может возникнуть и тогда, когда третья сторона удерживает в своем владении активы, признанные входящими в состав имущественной массы.

d) Иностранные активы

165. В связи с вопросом о том, станут ли активы должника, находящиеся за пределами страны, в которой ведется производство по делу о несостоятельности, частью имущественной массы, возникают также вопросы, связанные с проблематикой трансграничной несостоятельности. Это может иметь большое значение при реорганизации, когда исключение иностранных активов может в значительной степени помешать успешному проведению судебного разбирательства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности используется подход, согласно которому должно иметь место единое производство по делу о несостоятельности, проводимое в стране, где должник имеет свою головную контору либо которая является местом его регистрации или инкорпорации (центр основных интересов), и которое будет касаться активов должника, где бы они ни находились (универсальный подход). Этот подход подразумевает, что использующее его государство будет принимать к рассмотрению те же иски, которые были предъявлены согласно законодательству о несостоятельности, существующему в каком-либо другом государстве. В других же странах законодательство о несостоятельности основывается на подходе, ограничивающем сферу применения законодательства о несостоятельности территорией, на которую распространяется юрисдикция властей, принявших такое законодательство (территориальный подход). Такой подход требует открытия различных производств в каждой стране, в которой должник имеет активы или в которой находятся его различные филиалы или предприятия. Еще один подход представляет собой модифицированный вариант, согласно которому государство требует универсального применения своего собственного законодательства, но не признает такого же универсального применения законов других государств.

166. Существование различных подходов к данному вопросу порождает значительную неопределенность и подрывает эффективное применение внутригосударственного законодательства о несостоятельности. Однако по мере того, как различия между законодательствами о несостоятельности сокращаются и растет сходство, становится все меньше причин для сохранения территориального подхода. Постоянно растет потребность в том, чтобы согласно законодательству о несостоятельности имущественная масса в делах о несостоятельности включала в себя все активы должника независимо от их местонахождения. Однако поскольку различия, скорее всего, еще некоторое время сохранятся, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности устанавливает режим эффективного сотрудничества по делам о трансграничной несостоятельности посредством признания иностранных решений и обеспечения доступа иностранных представителей к производству по делам о несостоятельности в местных судах. Предполагается, что этот режим будет сопоставимым со всеми правовыми системами, о нем подробно говорится в главе VII.

e) Возвращенные активы

i) Производство с целью расторжения сделки

167. Активы, на которые будет распространяться производство, будут включать любые активы или их стоимость, возвращенные управляющим в деле о несостоятельности в рамках производства с целью расторжения сделки, когда в результате сделки некоторым кредиторам предоставляется преференциальный режим или сделка наносит ущерб имущественной массе в деле о несостоятельности либо совершается с целью нарушения коллективных прав кредиторов (см. главу II.F).

ii) Несанкционированные сделки, заключенные после подачи заявления об открытии производства или после его открытия

168. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает принятие мер, призванных ограничить степень, в которой должник, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, может распоряжаться своими активами, как обремененными, так и необремененными, без разрешения суда или управляющего в деле о несостоятельности [см. главу II.B.8b) и 9]. Эти ограничения, как правило, будут применяться после открытия производства по делу о несостоятельности, но могут применяться и после подачи заявления об открытии такого производства в тех случаях, когда полномочия распоряжаться активами имущественной массы предоставлены временному управляющему в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран о несостоятельности рассматривает несанкционированные сделки как ничтожные и не подлежащие исполнению в отношении имущественной массы в делах о несостоятельности и предусматривает возможность истребования любых переданных активов, за исключением некоторых случаев, в которых контрагент предоставляет стоимость или может доказать, что сделка не нанесла ущерба правам кредиторов. Законодательство других стран о несостоятельности добивается того же результата, распространяя на несанкционированные договоры действие положений, предусматривающих расторжение сделок, в зависимости от порядка расчета подозрительного периода (см. главу II.F.3).

3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности

a) Исключения общего характера

169. Законодательство о несостоятельности может предусматривать исключение определенных активов из имущественной массы. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к этому вопросу. Активы, исключаемые из имущественной массы, могут включать, в частности, определенные активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, которые находятся во владении должника в момент открытия производства, например активы, находящиеся в доверительной собственности, и активы, на которые распространяется действие какого-либо соглашения (будь то договорного или иного), сопряженного не с передачей правового титула, а скорее с использованием данных активов и возвращением их собственнику после достижения цели, для которой они были переданы во владение должника[26]. В состав активов, исключаемых из имущественной массы, могут, по законодательству некоторых стран, также входить активы, в отношении которых предъявлены требования о возвращении, например товары, поставленные должнику до открытия производства, но не оплаченные им и подлежащие возврату поставщику (в том случае, если они могут быть идентифицированы, а также с соблюдением других соответствующих условий).

b) Случай, когда должником является физическое лицо

170. В случае несостоятельности физического лица законодательство о несостоятельности может предусматривать, что из имущественной массы должны исключаться определенные активы, в частности поступления, полученные после подачи заявления в результате оказания должником личных услуг, а также активы, которые необходимы должнику для того, чтобы зарабатывать средства к существованию, плюс личные и домашние активы, такие как мебель, бытовая техника, постельные принадлежности, одежда и

[26] Таким соглашением может быть передача в зависимое держание или передача на хранение.

другие активы, которые необходимы для удовлетворения элементарных бытовых потребностей должника и его семьи. Такие подпадающие под исключение активы обычно не оказываются в распоряжении должников юридического лица. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматриваются исключения в отношении активов физического лица, такие исключения должны быть четко оговорены, а их число и стоимость сведены к минимуму, необходимому для защиты личных прав должника и предоставления ему возможности зарабатывать средства на жизнь. При определении таких исключений, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о применимых обязательствах с точки зрения прав человека, включая международно-правовые обязательства, которые призваны защищать должника и соответствующих членов семьи и которые могут затрагивать предполагаемые исключения[27]. При этом также, возможно, нужно будет учитывать экономические последствия таких исключений; по данным некоторых исследований, полное или существенное исключение личных активов из состава массы, являющейся предметом производства по делам о несостоятельности, может дать положительный эффект с точки зрения развития предпринимательства и желания идти на риск.

Активы, находящиеся в совместной собственности

171. Если должник является физическим лицом и если личные активы находятся в совместной собственности должника и его супруги или супруга, то в законодательстве о несостоятельности или в каких-либо иных нормах права при определении режима подобных активов используются различные подходы, связанные, например, с режимом общей собственности супругов или прав собственности на имущество. В некоторых странах с федеративным устройством эта проблема может затрагивать вопросы, касающиеся законодательства штата и федерального законодательства. От взаимодействия норм такого другого законодательства и законов о несостоятельности может зависеть порядок применения таких актов о несостоятельности, как, например, актов, касающихся расторжения сделок.

172. Один из подходов к режиму совместных активов заключается в полном их исключении из состава имущественной массы. Другой подход предусматривает, что если производство открыто в отношении активов одного из супругов, то часть взаимных активов, принадлежащих данному супругу, может стать частью имущественной массы в деле о несостоятельности, если в соответствии с другими правовыми нормами помимо законодательства о несостоятельности эти активы могут быть разделены для целей исполнения судебных решений (в тех случаях, когда разделение таких активов не будет связано с законодательством о несостоятельности и производством по делу о несостоятельности). Следовательно, выбор между этими двумя подходами может зависеть от характера действия других правовых норм помимо законодательства о несостоятельности и от того, насколько легко можно разделить такие активы (см. главу II.C.2).

4. Момент образования имущественной массы в деле о несостоятельности и взыскания активов

173. Законодательство о несостоятельности должно указывать дату образования имущественной массы путем ссылки на активы, которые будут считаться частью имущественной массы, с тем чтобы обеспечить определенность для должника и кредиторов. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности указывается дата открытия производства, тогда как в законодательстве других стран говорится о дате подачи заявления об открытии производства или об акте о несостоятельности, являющемся основанием подачи такого заявления. Разница

[27] В Европе, например, уместно применение Европейской конвенции по правам человека 1950 года.

между этими двумя датами имеет значение в плане режима (и, самое главное, защиты) активов должника в промежуточный период между подачей заявления и открытием производства. По этой причине в законодательстве ряда стран момент образования имущественной массы устанавливается с даты подачи заявления. По законодательству других стран в целях четкости и определенности момент образования имущественной массы устанавливается с даты открытия производства, но в нем также содержатся положения, ограничивающие права должника по распоряжению имуществом в течение соответствующего срока после подачи заявления. Активы, реализованные в пределах этого срока, могут быть востребованы управляющим в деле о несостоятельности. Другими обстоятельствами, которые должны учитываться с точки зрения защиты активов в период между подачей заявления и открытием производства, являются применение положений о расторжении сделок и дата начала отсчета подозрительного периода (см. главу II.F.6).

174. Независимо от выбора даты можно предположить, что в имущественную массу должны включаться все активы должника по состоянию на выбранную дату, а также активы, приобретенные управляющим в деле о несостоятельности и должником после этой даты, будь то в результате осуществления полномочий по расторжению сделок (см. главу II.F) или же в ходе обычного функционирования предприятия должника.

175. После того как определено, какие активы должны быть включены в состав имущественной массы, они должны быть взысканы. Для этого в законодательстве о несостоятельности необходимо предусмотреть полномочия, позволяющие управляющему в деле о несостоятельности установить контроль над активами, определенными как часть имущественной массы, а также обязательства должника и других соответствующих сторон оказывать содействие и сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности по этим вопросам. В тех случаях, когда активы находятся в какой-либо иной стране, потребуется принятие дополнительных мер, например тех, которые сформулированы в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся имущественной массы в делах о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) определить те активы, которые подлежат включению в имущественную массу, образованную после открытия производства, в том числе интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, а также в активах третьих сторон;

b) определить активы, если таковые существуют, подлежащие исключению из состава имущественной массы.

Содержание законодательных положений

Активы, образующие имущественную массу

24) В законе должны быть определены активы, образующие имущественную массу, включая:

a) активы должника [находящиеся в собственности[28] должника], в том числе его интересы в активах, в отношении которых действуют обеспечительные

[28] Права собственности устанавливаются путем ссылки на соответствующее применимое законодательство.

интересы, и в активах третьих сторон на [момент подачи заявления об открытии производства] [открытия производства] по делу о несостоятельности;

b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и

c) активы, возвращенные в результате расторжения сделок и других действий.

25) В случае открытия производства по делу о несостоятельности, когда должник имеет центр своих основных интересов, в законодательстве должно указываться, что имущественная масса включает все активы кредитора, где бы они ни находились[29].

Активы, исключаемые из состава имущественной массы в случаях, когда должником является физическое лицо[30]

26) В законодательстве должно быть четко указано, какие активы, если таковые имеются, следует исключать из имущественной массы в тех случаях, когда должником является физическое лицо.

B. Защита и сохранение имущественной массы

1. Введение

176. Одной из важнейших целей эффективной системы урегулирования дел о несостоятельности является создание защитного механизма для обеспечения того, чтобы стоимость имущественной массы не сокращалась в результате действий различных сторон и чтобы управление производством по делу о несостоятельности могло осуществляться на справедливой и упорядоченной основе. Сторонами, от действий которых требуется обеспечить защиту имущественной массы в первую очередь, являются должник и его кредиторы.

2. Защита имущественной массы путем применения моратория

177. Что касается кредиторов, то один из основополагающих принципов законодательства о несостоятельности заключается в том, что производство носит коллективный характер, а это требует защиты интересов всех кредиторов от индивидуальных действий, предпринимаемых одним из них. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает создание механизма, не только препятствующего кредиторам добиваться принудительной реализации своих прав с помощью имеющихся средств правовой защиты в течение всего или части срока проведения ликвидационных или реорганизационных процедур, но и приостанавливающего уже предпринимаемые действия в отношении должника и препятствующего началу новых действий. В зависимости от сферы применения этого механизма для его обозначения используются различные термины, такие как мораторий, приостановление или временное приостановление. Для целей настоящего Руководства используется термин "мораторий" в широком смысле, который охватывает как приостановление процессуальных действий, так и мораторий на их возбуждение.

---

[29] Во всех случаях, когда в законодательстве будет использован рекомендуемый в настоящем документе универсальный подход, закон должен также регулировать вопрос о признании иностранного производства, см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (глава 7).

[30] Для должников, являющихся юридическими лицами, исключения, как правило, не делаются. По вопросу об активах, которые могут быть исключены применительно к физическим лицам, см. главу II.3b).

i) Ликвидация

178. В качестве общего принципа в случае ликвидации основное внимание уделяется полной или частичной продаже активов, с тем чтобы можно было как можно скорее удовлетворить требования кредиторов за счет реализации имущественной массы. Главная цель заключается в максимальном повышении стоимости активов. Введение моратория может обеспечить справедливое и упорядоченное управление процедурами ликвидации, предоставить в распоряжение управляющего в деле о несостоятельности достаточный период времени, для того чтобы избежать вынужденной продажи, при которой нельзя было бы максимально повысить стоимость ликвидируемых активов, а также дать ему возможность понять, не может ли предприятие быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если коллективная стоимость активов может быть выше, чем в случае продажи активов по частям. Кроме того, введение моратория предоставляет управляющему в деле о несостоятельности возможность оценить положение должника, в том числе и с точки зрения уже предъявленных исков, и дает ему время подробно проанализировать все возможные действия, которые могли бы способствовать достижению результата, не наносящего ущерба интересам должника и кредиторов. Проблема заключается в обеспечении труднодостижимого в ходе ликвидационного процесса баланса между конкурирующими интересами обеспеченных кредиторов, которые нередко обладают обеспечением в отношении важнейших активов предприятий, и интересами необеспеченных кредиторов.

ii) Реорганизация

179. В случае реорганизационного производства введение в действие моратория облегчает продолжение операций коммерческого предприятия и предоставляет должнику передышку для приведения в порядок своих дел, время для подготовки и утверждения плана реорганизации и принятия других мер, включая, когда это необходимо, свертывание убыточных направлений деятельности и прекращение обременительных контрактов. Как и при ликвидации, это также дает возможность рассмотреть иски, предъявленные должнику. С учетом целей реорганизации мораторий оказывает гораздо большее воздействие и выполняет, таким образом, более важные функции, чем при ликвидации, и может являться важным стимулом, побуждающим должников инициировать реорганизационное производство. В то же время открытие производства и введение моратория служат уведомлением для деловых партнеров должника о неясных перспективах коммерческого предприятия. Это может вызвать кризис доверия, а также неопределенность в вопросе о том, каковы будут последствия производства по делу о несостоятельности для поставщиков, клиентов и служащих предприятия должника.

180. Необходимо будет сопоставить преимущества, которые получает должник в краткосрочной перспективе в результате общего моратория, оперативно введенного для ограничения процессуальных действий кредиторов, и долгосрочные преимущества, которые связаны с ограничением степени воздействия моратория на договорные отношения между должниками и кредиторами, прежде всего обеспеченными.

3. Сфера применения моратория

а) Действия, к которым будет применяться мораторий

181. В некоторых странах применяется подход, согласно которому для обеспечения эффективности моратория он должен иметь весьма широкую сферу охвата и применяться по отношению ко всем средствам правовой защиты и процессуальным действиям в отношении должника и его активов, независимо от того, предпринимаются ли они в административном, судебном или индивидуальном порядке, и должен ограничивать действия как обеспеченных, так и необеспеченных

кредиторов по осуществлению их прав в принудительном порядке, а также действия правительств по реализации их преимущественных прав. В числе примеров действий и актов, на которые может быть наложен мораторий, можно привести следующие: возбуждение или продолжение исковых или процессуальных действий против должника или в отношении его активов, возбуждение или продолжение действий по принудительному взысканию в отношении активов должника, включая исполнение судебных решений и окончательное оформление или принудительную реализацию обеспечительных интересов; действия любого собственника или арендодателя по возвращению имущества, которое используется или занято должником или находится в его владении; погашение суммы, которую должник взял в долг до даты открытия производства, или предоставление обеспечения в отношении такого долга; право должника на передачу, обременение или иной вид распоряжения любыми его активами (в случае реорганизации такое право может ограничиваться передачей, обременением или распоряжением вне рамок обычных коммерческих операций); право контрагента на прекращение действия контракта с должником (за исключением случаев, когда в контракте предусмотрена дата его прекращения, которая наступает после открытия производства)[31], и прекращение, временное приостановление или перерыв в предоставлении должнику важнейших услуг (например, водо-, газо- и электроснабжения, а также телефонной связи). В статье 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VII) предусматривается, например, что возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов должника, прав, обязательств или ответственности должника, а также производство исполнительных действий в отношении активов должника приостанавливаются. В число вышеупомянутых конкретных исков должны входить иски, поданные как в суды общей юрисдикции, так и в арбитраж[32].

182. Одна из причин распространения действия моратория на продолжающееся производство состоит в том, что необходимость привлечения управляющего в деле о несостоятельности к уже открытому судебному производству (в котором должник лишен контроля) может распылить и отвлечь ресурсы, требующиеся для выполнения им своей задачи по управлению имущественной массой. Так, например, в отношении должника может быть принято решение о нарушении обязательств, способное лечь в основу требования кредитора в деле, тогда как в случае надлежащего судебного решения иск мог быть отклонен или назначена меньшая сумма выплат. Поскольку в законодательствах большинства стран о несостоятельности предусмотрены соответствующие механизмы рассмотрения требований (их подачи, проверки и удовлетворения) и распределения выплат, то с учетом того обстоятельства, что большая часть процессуальных действий по таким требованиям проводится вне рамок дел о несостоятельности, подобные действия оказываются излишними. Тем не менее законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что, когда юридические процессуальные действия в отношении должника (включая как возбуждение, так и продолжение таких процессуальных действий) подпадают под действие моратория в случае ликвидации, подобные действия могут быть начаты или продолжены по усмотрению суда, если он считает необходимым сохранить требование или установить его количественный объем[33].

---

[31] Это предоставит управляющему в деле о несостоятельности время для оценки важности контракта, а также для определения того, какие меры следует принять для продолжения его действия или отказа от этого контракта. См. главу II.E.

[32] Приостановить ход арбитражного разбирательства можно, однако не во всех случаях. Это например, невозможно тогда, когда дело о несостоятельности рассматривается в арбитраже иностранного государства, а не в том государстве, где было открыто производство.

[33] В пункте 3 статьи 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, например, что применение моратория к возбуждению или продолжению

183. Законодательство других стран о несостоятельности предусматривает, что возбуждение или продолжение юридических процессуальных действий допускается (без разрешения суда), однако применение моратория исключает принудительное исполнение любого соответствующего предписания суда. Законодательство некоторых стран о несостоятельности ограничивает иски, которые могут быть возбуждены, и лишь конкретные иски, например иски работников к должнику, могут быть возбуждены или продолжены, однако на любые меры по принудительному исполнению решений, принятых в результате рассмотрения этих исков, будет наложен мораторий. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности проводится различие между регулятивными и денежными исками. В некоторых странах законодательство допускает продолжение как регулятивных, так и денежных исков, а в других странах — лишь регулятивных исков, в частности тех, которые направлены не на получение денег для включения их в состав имущественной массы, а на защиту жизненно важных и не допускающих отлагательства общественных интересов, ограничение деятельности, причиняющей ущерб окружающей среде, либо деятельности, представляющей угрозу здоровью и безопасности граждан.

b) Исключения из сферы применения моратория

184. В целях обеспечения прозрачности и предсказуемости весьма желательно четкое определение в законодательстве о несостоятельности действий, которые могут быть включены или специально исключены из сферы охвата моратория, независимо от того, какие лица станут, возможно, инициировать совершение таких действий, будь то необеспеченные кредиторы (включая преференциальных кредиторов, таких как работники предприятия, держатели предусмотренных законом залоговых прав или органы управления); третьи стороны (такие как арендодатель или собственник имущества, которое находится во владении должника либо используется или занято им); обеспеченные кредиторы или другие лица. Исключения могут включать следующее: права на зачет требований и взаимозачет по финансовым контрактам (см. главу II.G); действия, направленные на защиту публичных интересов, например в целях ограничения нанесения ущерба окружающей среде, здоровью и безопасности населения; действия, направленные на предотвращение злоупотреблений, например использования процедур несостоятельности в качестве прикрытия для незаконной деятельности; иски, инициируемые в целях сохранения требования в отношении должника, и иски против должника, возбужденные в связи с причинением личного вреда или требованием, предъявляемым на основе семейного права[34]. Что же касается требований к должнику, потенциально связанных с выплатой очень крупных сумм компенсации, таких как множественные требования по деликтным искам, то было бы желательно включать их в сферу действия моратория.

c) Обеспеченные кредиторы

185. В вопросе о действии моратория в отношении различных прав законодательство о несостоятельности в разных странах имеет существенные отличия. Практически не существует разногласий в отношении необходимости применения моратория в целях приостановления или недопущения начала

производства в отношении индивидуальных исков и процессуальных действий в отношении должника не должно затрагивать право на возбуждение индивидуальных исков или процессуальных действий в той мере, в которой это необходимо для сохранения выдвинутого против должника требование.

[34] Например, законодательство некоторых стран исключает из сферы применения моратория выполнение должником обязательств, не влияющих на состояние имущественной массы, в частности обязательств, касающихся встреч родителей с детьми в соответствующих ситуациях, предусмотренных семейным правом.

процессуальных действий необеспеченных кредиторов против должника или его активов. В то же время применение моратория в отношении обеспеченных кредиторов сопряжено с большими проблемами и требует обеспечения баланса между различными конкурирующими интересами. Необходимо, например, обеспечить соблюдение установленных до наступления несостоятельности приоритетов обеспеченных кредиторов в том, что касается их прав на обремененные активы; свести к минимуму последствия моратория с точки зрения стоимости обремененных активов и в случаях реорганизации обеспечить доступность в ходе производства всех активов, необходимых для успешной реорганизации жизнеспособного должника.

186. Как правило, кредиторы стремятся получить обеспечение для защиты своих интересов в случае неспособности должника вернуть кредит. Если признать эту цель предоставления обеспечения, то могут быть приведены доводы о том, что после открытия производства по делу о несостоятельности для обеспеченных кредиторов не должны устанавливаться запреты, задерживающие незамедлительное осуществление его прав на обремененные активы или препятствующие такому осуществлению. В конечном итоге обеспеченный кредитор получает обеспечение в обмен на стоимость, которая отражает уверенность в возможности воспользоваться таким обеспечительным интересом. По этой причине решение вопроса о введении любых мер, которые ослабят уверенность в способности обеспеченного кредитора взыскать долг или нанесут ущерб стоимости обеспечительных интересов, например в результате применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов, необходимо, по-видимому, тщательно взвесить. Подобные меры могут в конечном итоге подорвать не только автономию сторон в их коммерческих операциях и важность соблюдения условий коммерческих сделок, но также и доступность кредита по приемлемым ставкам; если защита, предоставляемая обеспечительным интересам, ослабляется, то цена кредита может возрасти для компенсации более высокого риска. В некоторых странах, где законы о несостоятельности исключают обеспеченных кредиторов из сферы действия моратория, пристальное внимание уделяется, в качестве альтернативы мораторию, поощрению проведения до открытия производства переговоров между должником и кредиторами, направленных на достижение соглашения о будущем порядке действий.

i) Реорганизация

187. В то же время в законодательстве все большего числа стран о несостоятельности признается, что во многих случаях порядок, разрешающий обеспеченным кредиторам свободно осуществлять свои права на обремененные активы, может создать препятствие для достижения основных целей производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации, и по этой причине они при условии применения некоторых мер защиты включаются в сферу действия моратория. Следует отметить, что увеличение числа случаев, когда банки и другие финансовые учреждения соглашаются на введение моратория в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, проводимых в соответствии с такими правилами, как "Лондонский подход" (см. главу II части первой), частично объясняет рост числа случаев, когда обеспеченные кредиторы соглашаются на применение в их отношении моратория в ходе производства по делам о несостоятельности.

188. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к вопросу о применении моратория в отношении обеспеченных кредиторов при ликвидационном производстве. В качестве общего принципа, в случаях, когда функции управляющего в деле о несостоятельности состоят в том, чтобы собрать и реализовать активы и распределить вырученные средства среди кредиторов как дивиденды, обеспеченному кредитору может быть разрешено

свободно осуществлять свои права на обремененный актив, для удовлетворения своего требования без ущерба для ликвидации каких-либо иных активов. Поэтому в законодательстве некоторых стран о несостоятельности обеспеченные кредиторы исключаются из сферы действия моратория на том основании, что в случаях, когда активы подлежат ликвидации, чаша весов будет склоняться в пользу подкрепления прав обеспеченных кредиторов на принудительное обеспечение своих прав. В то же время в тех случаях, когда используется этот подход, потребуется, возможно, предусмотреть определенную гибкость на тот случай, если управляющий в деле о несостоятельности имеет возможность добиться лучших результатов с точки зрения максимального повышения стоимости активов в общих интересах всех кредиторов, когда мораторий применяется в отношении обеспеченных кредиторов. Это может быть уместно, когда в рамках ликвидационного производства предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Это также может быть оправдано и в некоторых случаях, когда — даже несмотря на то, что активы предполагается продать по частям, – требуется некоторое время для организации продажи, которая приведет к получению наибольшей выручки в интересах всех необеспеченных кредиторов.

189. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы включаются в сферу действия моратория, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены меры, которые будут гарантировать интересы обеспеченного кредитора даже в случае введения моратория. Такие меры могут охватывать срок действия моратория, защиту стоимости обремененных активов, уплату процентов и положение о снятии моратория в случае недостаточной защиты обремененных активов или в случае, когда такие активы не являются необходимыми с точки зрения продажи всего предприятия или его производственного подразделения[35].

4. Дискреционное или автоматическое введение моратория

190. При введении моратория прежде всего возникает вопрос о том, должен ли мораторий вводиться автоматически (в силу закона о несостоятельности) или же по усмотрению суда. На принятие решения по этому вопросу могут повлиять местные политические соображения и такие факторы, как наличие надежной финансовой информации и возможность доступа должника и кредиторов к независимому судебному органу, обладающему опытом в рассмотрении дел о несостоятельности. Применение моратория на дискреционной основе может позволить приспособить его условия к потребностям конкретного дела (в том, что касается должника, его активов и кредиторов, а также момента введения моратория) и избежать как неоправданных случаев введения моратория, так и неоправданного вмешательства в права обеспеченных кредиторов. Однако такой подход может вызвать задержки, обусловленные сроками рассмотрения судом соответствующих вопросов; не создает прогнозируемую ситуацию для тех кредиторов и третьих сторон, в отношении которых мораторий может в конечном итоге применяться; и может вызвать необходимость в разработке определенного механизма, например временных мер, для использования в течение периода принятия судом решения о введении моратория, а также потребовать направления уведомления о введении моратория. В качестве альтернативного подхода, сводящего к минимуму задержки и способствующего

[35] В тех случаях, когда режим обеспеченных сделок предусматривает льготный период для формализации какого-либо обеспечительного интереса, необходимо рассмотреть вопрос о том, должно ли законодательство о несостоятельности признавать этот льготный период, а также вопрос о распространении исключения из сферы применения моратория обеспеченных кредиторов, чтобы дать им в соответствующих обстоятельствах возможность формализации своих обеспечительных интересов (см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам обеспеченных сделок).

максимальному повышению стоимости активов и обеспечению справедливости, упорядоченности, а также прозрачности и предсказуемости производства по делам о несостоятельности, может быть предусмотрено автоматическое введение моратория в отношении конкретных процессуальных действий (либо после подачи заявления об открытии производства, либо после его открытия) с возможностью распространения моратория на другие действия по усмотрению суда. Такой подход использован в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: в статье 20 указаны виды процессуальных действий, в отношении которых мораторий применяется автоматически после признания основного иностранного производства, а в статье 21 приведены примеры дополнительных мер судебной защиты, о чем может быть дано распоряжение после признания по усмотрению суда. Автоматический мораторий предусматривается многими современными юридическими режимами несостоятельности, и его можно сочетать с положениями, разрешающими освобождение от моратория при определенных обстоятельствах.

5. Момент введения моратория

191. Еще один аспект, вызывающий озабоченность в отношении введения моратория, связан с моментом, с которого мораторий начнет применяться как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве. Существует в основном два подхода. В соответствии с первым из них мораторий применяется с момента подачи заявления о возбуждении производства, а согласно второму подходу – с момента открытия производства, причем предусматривается возможность временных мер на период между подачей заявления и открытия производства.

a) Указание конкретного момента вступления моратория в силу

192. Прежде всего и независимо от того, вводится ли мораторий автоматически путем ссылки на момент подачи заявления или открытия производства, важно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был урегулирован вопрос о том, в какой именно момент мораторий вступит в силу для обеспечения защиты имущественной массы, особенно в отношении платежей. Имеются различные подходы к решению этого вопроса. В законодательстве некоторых стран мораторий вступает в силу в момент вынесения судом решения об открытии производства, в законодательстве других стран – в момент обнародования решения об открытии производства, а в ряде стран мораторий вступает в силу ретроактивно в первый час того дня, когда принимается предписание об открытии производства. Не менее разнообразные подходы используются и в тех случаях, когда мораторий вступает в силу после подачи заявления об открытии производства. Независимо от того, какой из подходов будет принят, норма, включенная в законодательство о несостоятельности, должна быть четкой.

b) Введение моратория с момента подачи заявления о возбуждении производства

193. Что касается момента, когда мораторий должен вступать в силу, существует один подход, согласно которому мораторий должен применяться с момента подачи заявления о ликвидационном или реорганизационном производстве независимо от того, подается такое заявление должником или кредитором. Такой подход, как представляется, позволяет избежать необходимости рассматривать возможность назначения временных или предварительных мер на период между подачей заявления и открытием производства, однако в рамках такого подхода потребуется ввести мораторий в тот момент, когда может отсутствовать ясность в отношении числа фактических вопросов, в частности, будет ли должник соответствовать критериям возбуждения производства. Во избежание риска злоупотреблений в такой ситуации желательно, чтобы в случае применения

такого подхода в законодательстве о несостоятельности были предусмотрены четкие процедуры обеспечения защиты от введения моратория на ускоренной основе.

c) Применение моратория с момента возбуждения производства

194. Наиболее распространенный подход к применению моратория предусматривает его введение при возбуждении производства, когда вопросы приемлемости, юрисдикции и удовлетворения критериям открытия производства уже решены и становится ясно, что производство будет открыто и заявление не будет отклонено.

i) Временные меры

195. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности введение моратория при открытии производства дополняется временными мерами для урегулирования проблем, возникающих в период между подачей заявления и открытием производства в целях защиты активов должника и коллективных интересов кредиторов. Даже тогда, когда решение об открытии производства принимается в сжатые сроки, существует потенциальная опасность изменения в эти сроки положения на предприятии должника и распыления активов должника: должник может поддаться искушению вывести активы из своего коммерческого предприятия, а кредиторы, узнав о подаче заявления, могут воспользоваться средствами правовой защиты против должника, с тем чтобы предвосхитить последствия любого моратория, который может быть введен при открытии производства. Невозможность применить в этот период и при таких обстоятельствах временные меры защиты может повредить достижению целей производства по делу о несостоятельности. Как и в отношении большинства других временных мер, потребность в защите обычно оказывается весьма срочной, и она должна покрывать потенциальный ущерб, который такие меры могут нанести.

196. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности разрешает применение временных мер, важно, чтобы в нем предусматривался и периодический пересмотр этих временных мер и в случае необходимости их обновление судом, а также был урегулирован вопрос о том, как эти меры применяются после открытия производства по делу о несостоятельности. Во многих случаях потребность в дальнейшем применении временных мер после открытия производства может отпасть, поскольку их заменят меры, применяемые после открытия производства в автоматическом порядке. Однако если специальная предварительная защита не обеспечивается принятием мер, применяемых в автоматическом порядке, а потребность в таком виде защиты остается и после открытия производства, суд может при соответствующих обстоятельствах продлить действие временных мер.

ii) Виды временных мер

197. Временные меры могут быть приняты на основании заявления должника, кредиторов, третьих сторон или постановления суда, принятого им по собственной инициативе. Они могут включать следующее: назначение в предварительном порядке управляющего в деле о несостоятельности или какого-либо иного лица (кроме должника), которое должно будет вести дела должника или осуществлять надзор за его хозяйственными операциями с целью защиты активов и интересов кредиторов; наложение запрета на действия должника по распоряжению активами; установление контроля над некоторыми или всеми активами должника; приостановление действий кредиторов по принудительной реализации обеспеченных прав в отношении должника; введение моратория на любые иски кредиторов в отношении активов должника, например со стороны

обеспеченного кредитора или путем сохранения правового титула за его обладателем; либо предотвращение возбуждения индивидуальных исков кредиторами с целью принудительного взыскания по их требованиям. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается в качестве временной меры, он не может обладать столь же широкими правами, что и управляющий, назначенный после открытия производства, а функции его могут ограничиваться защитой активов и интересов кредиторов. Ему, в частности, может быть предоставлено право использовать активы должника и распоряжаться ими в ходе обычных хозяйственных операций, а также полностью или частично реализовывать эти активы с целью защиты и сохранения стоимости тех активов, которые в силу их характера или каких-либо иных обстоятельств являются скоропортящимися, могут подвергнуться обесценению или какому-либо иному риску. В любом случае и с учетом отсутствия на тот момент решения об открытии производства по делу о несостоятельности может потребоваться сбалансировать меру ответственности в отношении ведения хозяйства должника между ним самим и управляющим в деле о несостоятельности. Если производство по делу о несостоятельности открыто не будет, то может быть нанесен серьезный ущерб предприятию должника или правам кредиторов. Как правило, должник продолжает свою хозяйственную деятельность, а также использует принадлежащие ему активы и распоряжается ими, но в пределах, ограниченных судом.

iii) Требования в отношении доказательств

198. Поскольку эти меры носят временный характер и принимаются до вынесения судом решения о соблюдении критериев открытия производства, законодательство может предусматривать требование к суду относительно того, что он будет удовлетворен существованием достаточной вероятности того, что должник будет удовлетворять требованиям, необходимым для открытия производства. Если о назначении такой меры ходатайствует не должник, а какая-либо иная сторона, суд может предложить заявителю представить ему доказательства необходимости такой меры для сохранения стоимости активов должника или предотвращения их распыления. В том случае, когда производство впоследствии не возбуждается или назначение меры, о которой ходатайствовали, наносит определенный ущерб хозяйственной деятельности должника, может также потребоваться обеспечение в той или иной форме для покрытия затрат, сборов или убытков, например сумм, предоставленных в качестве залога. Когда временные меры назначаются с нарушением каких-либо правил, целесообразно предоставить суду право оценить затраты, сборы и убытки и присудить их возмещение заявителем, ходатайствовавшим о такой мере.

iv) Уведомление и постановление о назначении временных мер

199. В законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется также рассмотреть вопрос об уведомлении, касающемся как ходатайства, так и постановления о назначении временных мер (в том числе и момента введения их в действие) и о сторонах, которым такое уведомление должно направляться. В соответствии с общими правилами должнику следует направить уведомление о назначении временных мер, а также о том, что подобный акт он имеет возможность оспорить. Желательно, чтобы только в исключительных случаях уведомление должнику не направлялось, а временные меры продолжали приниматься в одностороннем порядке. Во многих законах допускается возможность осуществления временных мер в одностороннем порядке, но, как правило, это делается исходя из того, что заявитель должен предоставить обеспечение для покрытия расходов и убытков и доказать срочный характер назначения таких мер, то есть доказать нанесение невосполнимого ущерба в том случае, если заявителю придется добиваться назначения требуемой меры в

соответствии с обычной процедурой, требующей направления уведомления за несколько дней[36]. Несмотря на это, если постановление о назначении временных мер выносится в одностороннем порядке, у должника обычно должно иметься право на получение уведомления о вынесении такого постановления и на возможность быть заслушанным. Принимая во внимание необходимость избежать излишних расходов для должника, против которого производство по делу о несостоятельности впоследствии не будет возбуждено, уведомление относительно постановления о назначении временных мер необходимо направлять лишь сторонам, которых непосредственно затрагивает это постановление.

v) Защита в отношении временных мер

200. Потребность в предоставлении защиты может возникнуть в тех случаях, когда в результате применения временных мер, в частности изменения или прекращения, наносится ущерб интересам лиц, против которых направлены такие меры. Случаи, когда подобная защита может потребоваться, включают дела, связанные со скоропортящимися продуктами, а также действия, касающиеся поддержания или определения количественных параметров требований к должнику и обеспеченным кредиторам (см. пункт 206, ниже). Масштабы такой защиты потребуется, по всей видимости, соразмерять с потенциальным ущербом совокупным интересам кредиторов или активам должника. Защита подобного рода может предоставляться по ходатайству заинтересованной стороны, управляющего в деле о несостоятельности или по решению суда, принятому по его собственной инициативе, и будет, как правило, требовать, чтобы лицу или лицам, которых коснулось изменение или прекращение, было направлено соответствующее уведомление и была предоставлена возможность оспорить такие изменения или прекращения.

6. Срок действия моратория

a) Необеспеченные кредиторы

201. Законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что мораторий применяется к необеспеченным кредиторам на протяжении всего ликвидационного и реорганизационного производства. При ликвидации речь, как правило, идет о применении моратория вплоть до завершения ликвидации активов и закрытия производства. В случае реорганизации в некоторых законодательствах предусматривается закрытие производства после утверждения и вступления в действие плана реорганизации, а в других закрытие производства откладывается до полной реализации плана. Необходимости во введении моратория до этого более позднего момента может не возникнуть потому, что в плане реорганизации должны быть учтены требования необеспеченных кредиторов, которые будут связаны утвержденным планом.

202. В особых случаях, например касающихся установления количественного объема или сохранения требования [см. главу II.B.3a), выше], для необеспеченных кредиторов может быть предусмотрено исключение их из сферы применения моратория.

b) Обеспеченные кредиторы

i) Реорганизация

203. Иногда желательно, чтобы мораторий распространялся на обеспеченных кредиторов в течение срока, достаточного для обеспечения того, чтобы

[36] См. материалы ЮНСИТРАЛ по вопросу о временных мерах в поддержку арбитража: документ A/CN.9/WG.II/WP.119 [Yearbook 2001, Part two].

реорганизация могла проводиться упорядоченно, а активы не могли быть выделены из имущественной массы до ее окончания. Во избежание введения моратория на неопределенный или излишне продолжительный период и чтобы не допускать задержки и способствовать быстрому завершению производства, может оказаться целесообразным предусмотреть ограничение действия моратория сроком, который может быть разумным с точки зрения введения в действие плана реорганизации при условии, что этот период нельзя будет растягивать на годы, не предлагая и не утверждая плана. Такое ограничение может также иметь то преимущество, что обеспеченные кредиторы будут иметь некоторую определенность и предсказуемость в отношении продолжительности срока, в течение которого их права будут затрагиваться, а также предусмотренного планом режима таких прав. В качестве альтернативы может быть установлен и какой-то фиксированный срок. В то же время проблема установления фиксированного срока заключается в том, что такой срок не всегда может быть достаточно длительным с учетом масштабов и сложности реорганизации и требований в отношении плана, и обеспечение его соблюдения может быть сопряжено с трудностями. В качестве вариантов решения этой проблемы можно предложить установление четких сроков с возможностью их продления (см. ниже) или предусмотреть снятие моратория при определенных обстоятельствах (см. ниже). Важно, чтобы общая концепция законодательства о несостоятельности способствовала быстрому и эффективному ходу производства и создавала возможности для сведения к минимуму сроков применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов, особенно при реорганизации.

ii) Ликвидация

204. В законодательствах о несостоятельности по вопросу о применении моратория в отношении обеспеченных кредиторов в случае ликвидации используются различные подходы. В законодательствах некоторых стран, в которых предусматривается применение моратория в отношении обеспеченных кредиторов, используется подход, согласно которому мораторий вводится автоматически после открытия ликвидационного производства, но лишь на короткий срок – например, 30–60 дней. Этот срок устанавливается с тем, чтобы предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность приступить к своим обязанностям и оценить стоимость активов и пассивов в имущественной массе, а также выбрать наиболее оптимальные способы ликвидации активов. В тех случаях, когда обремененный актив имеет важное значение для продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в некоторых законодательствах предусматривается продление установленного срока моратория. Когда для продажи предприятия обремененный актив не требуется, мораторий может быть отменен (см. ниже). Еще один подход состоит в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов на весь срок ликвидационного производства при условии вынесения судом решения об отмене моратория в тех случаях, когда может быть доказано, что обремененный актив обесценивается и сохранять его стоимость не представляется возможным.

7. Продление срока действия моратория

205. В тех случаях, когда мораторий вводится на какой-то оговоренный срок, в законодательстве может быть предусмотрено положение о продлении его действия. Опыт ряда стран показывает, что к продлению моратория там относятся как к рядовой процедуре, в результате чего моратории продлеваются на сроки до нескольких лет, и в конечном итоге производство утрачивает свой смысл, а активы – стоимость, которую кредиторы могли бы получить в начале. Чтобы избежать этого, желательно установить в законодательстве о

несостоятельности четкие правила относительно возможности продления моратория, ограничить число сторон, которые могут ходатайствовать о продлении моратория, и основания, на которых он может быть продлен. Мораторий, в частности, может быть продлен на основании заявления управляющего в деле о несостоятельности, если может быть доказано, что продление необходимо для максимального повышения стоимости (например, существует обоснованная возможность продать предприятие должника или какое-либо его подразделение в качестве функционирующей хозяйственной единицы), но при условии, что это не нанесет ущерба интересам обеспеченных кредиторов. Для того чтобы обеспечить дополнительную защиту и избежать применение моратория в течение неопределенного или неоправданно продолжительного срока, в законодательстве о несостоятельности желательно ограничить период возможного продления моратория и, вероятно, число раз, когда мораторий может продлеваться.

8. Защита обеспеченных кредиторов

206. Как отмечалось выше, в тех случаях, когда действие моратория распространяется и на обеспеченных кредиторов, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть определенные меры, которые защищали бы их интересы. Помимо ограничения продолжительности моратория эти меры могут включать положения о снятии моратория и осуществлении других мер, направленных на обеспечение защиты стоимости обремененного актива от ее уменьшения либо в результате использования актива, либо наложения моратория – в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования больше или практически равна стоимости обремененного актива. Поскольку эти меры связаны друг с другом, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности применялся последовательный подход. Например, для тех случаев, когда мораторий устанавливается на короткий срок, возможно, и нет необходимости в том, чтобы закон содержал требование о защите стоимости обремененных активов. Но когда мораторий вводится на длительный период, более эффективным средством правовой защиты в экономическом плане может оказаться не обеспечение защиты стоимости актива, а снятие моратория, если данный актив не требуется для целей производства. Интересы обеспеченных кредиторов можно, конечно, защищать и в более широком плане, например, консультируясь с ними по вопросам использования и продажи обремененных активов, выплачивая им проценты в той мере, в какой это позволяют поступления от актива, и передавая им активы, стоимость которых не превышает стоимости обеспеченного требования. Эти меры будут рассмотрены в нижеследующих разделах. Желательность осуществления подходов, предусматривающих защиту стоимости обремененных активов, потребуется, вероятно, соизмерить с потенциальной сложностью и затратностью подобных мер, а также необходимостью того, чтобы суд был в состоянии принимать трудные коммерческие решения по вопросу о защите. В тех случаях, когда предусмотрена защита, будет, возможно, желательным предусмотреть в законодательстве о несостоятельности рекомендации для определения того, когда и каким образом кредиторы, которым принадлежат те или иные обеспечительные интересы в отношении активов должника, будут иметь право на защитные меры, описанные ниже.

a) Защита от моратория

207. В ходе ликвидационного или реорганизационного производства могут возникнуть обстоятельства, при которых целесообразно предоставить защиту от моратория. Обеспеченному кредитору можно разрешить обращаться за получением такой защиты в суд, а управляющему в деле о несостоятельности можно позволить разблокировать обеспечение (без необходимости в получении разрешения суда). К соответствующим обстоятельствам могут относиться случаи, когда стоимость

требования обеспеченного кредитора превышает стоимость обремененного актива; когда обеспеченный кредитор не получает защиты против уменьшения стоимости обремененного актива; когда предоставление защиты может оказаться невыполнимым или слишком обременительным для имущественной массы; когда обремененный актив не требуется для реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы; когда защита нужна для целей охраны или обеспечения стоимости таких активов, как скоропортящиеся товары; или когда при реорганизации план не утверждается в течение какого-либо действующего срока.

208. В тех случаях, когда предоставляется защита от моратория, в законодательство о несостоятельности можно включить положение, предусматривающее передачу обремененного актива обеспеченному кредитору, и тогда данный актив исключается из состава имущественной массы, а обеспеченному кредитору предоставляется свобода осуществления принадлежащих ему прав. В законодательстве некоторых стран от управляющего в деле о несостоятельности иногда требуется принять решение, передавать ли актив обеспеченному кредитору или же отказаться от такого актива. Эти два варианта отличаются друг от друга по цене последствий для имущественной массы. Например в том случае, когда актив представляет собой какое-либо крупногабаритное оборудование, передача его кредитору может потребовать выделения средств из имущественной массы на оплату расходов на транспортировку, тогда как в случае отказа бремя транспортных расходов ложится на кредитора.

209. Хотя положения о защите от моратория в первую очередь направлены на учет интересов обеспеченных кредиторов, имеются примеры законов о несостоятельности, которые предусматривают, что необеспеченному кредитору может быть предоставлено освобождение от действия моратория. Это может иметь отношение, например, к случаям, когда товар является скоропортящимся и когда законодательство о несостоятельности не допускает возбуждения или продолжения процессуальных действий на основании требований, с тем чтобы позволить передачу соответствующего требования на рассмотрение другому органу, где производство по делу может находиться на уже достаточно продвинутом этапе и его завершение будет сочтено целесообразным, или предоставить возможность для предъявления требования к страховщику должника.

b) Защита стоимости

210. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности содержатся положения, специально направленные на предотвращение негативных последствий моратория для обеспеченных кредиторов путем сохранения экономической стоимости обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах такой комплекс мер называется "надлежащей защитой").

i) Защита стоимости обремененного актива

211. В тех случаях, когда стоимость обремененных активов может быть сохранена в рамках имущественной массы, можно использовать несколько различных подходов. Один из таких подходов заключается в том, чтобы обеспечить защиту стоимости самого обремененного актива при условии, что после ликвидации выручка от продажи этого обремененного актива будет непосредственно передана кредитору в объеме обеспеченной части его требования. Применение такого подхода может потребовать принятия ряда мер.

212. В течение срока действия моратория стоимость обремененного актива может сократиться. Поскольку в момент возможного распределения степень, в

которой обеспеченный кредитор получит приоритет, будет ограничена стоимостью обремененного актива, подобное снижение стоимости может нанести ущерб интересам обеспеченного кредитора. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен защищать обеспеченных кредиторов от снижения стоимости либо путем предоставления дополнительных или замещающих активов, либо за счет периодических выплат наличными, соответствующих объему такого снижения стоимости. Такой подход является необходимым лишь в тех случаях, когда стоимость обремененного актива ниже суммы обеспеченного требования. Если стоимость превышает требование, снижение стоимости не будет наносить ущерба обеспеченному кредитору до тех пор, пока стоимость не станет недостаточной для производства платежей по обеспеченному требованию. В некоторых странах, в которых стоимость обремененного актива сохраняется подобным образом, также допускается выплата процентов в течение срока действия моратория, с тем чтобы обеспечить компенсацию за задержки, вызванные процессом производства. В то же время выплата процентов может допускаться лишь в том объеме, в котором стоимость обремененного актива превышает стоимость обеспеченного требования. В противном случае компенсация за задержку может сократить стоимость активов, доступных для необеспеченных кредиторов. Такой подход может стать стимулом для ссудодателей, и они будут стремиться получать обеспечение, которое надлежащим образом защищало бы стоимость их требований.

Оценка обремененных активов

213. Главным в концепции защиты стоимости обремененных активов является механизм определения их стоимости, что должно дать суду возможность решить, удовлетворять ли и если удовлетворять, то в какой степени, правопритязания обеспеченных кредиторов по защите от уменьшения стоимости обремененных активов во время производства. Эта проблема может оказаться весьма сложной и затрагивает вопрос о том, на основе чего должна проводиться оценка стоимости (например, на основе стоимости предприятия как действующего или как находящегося в процессе ликвидации), какая из сторон должна проводить такую оценку, дате, на которую должна устанавливаться стоимость, например дате открытия производства, а также о текущем контроле за стоимостью. Один из подходов состоит в том, что по крайней мере на первоначальном этапе стоимость должна определяться по соглашению между сторонами (которыми являются должник или управляющий в деле о несостоятельности и обеспеченный кредитор). Законодательства других стран предусматривают различные подходы с участием суда. Так, например, суд может не проводить оценку стоимости сам, а указать, каким образом она должна проводиться, в частности с возможным привлечением соответствующих экспертов. При этом можно использовать принципы, четко определенные в законодательстве о несостоятельности, которые могут стать основой для проведения оценки. Другой подход состоит в том, что суд, возможно, после первоначальной предварительной или экспертной оценки стоимости управляющим в деле о несостоятельности определяет стоимость на основе доказательств, которыми, в частности, могут стать материалы состояния рынков, данные об условиях на этих рынках и показания экспертов. В некоторых законах требуется осуществление рыночной оценки актива путем его продажи, когда с помощью тендера или аукциона удается получить за данный актив самую высокую цену, какая может быть предложена на рынке. Этот способ оценки в меньшей степени применим к защите как стоимости обремененного актива, так и обеспеченного требования (см. ниже), но он в большей степени подходит для случаев реализации активов, входящих в состав имущественной массы, управляющим в деле о несостоятельности. Оценка стоимости имеет важное значение и для целей производства в момент его открытия, когда требуется зарегистрировать все

активы и пассивы, а также при установлении чистого остатка средств должника [см. главу V.A.3b)iii)].

214. В некоторых случаях, связанных с ликвидацией, управляющий в деле о несостоятельности может счесть необходимым использовать или продать обремененные активы (см. главу II.C) с целью максимального повышения стоимости имущественной массы. При ликвидации, например, в той мере, в какой управляющий в деле о несостоятельности придерживается мнения, что стоимость имущественной массы может быть максимально повышена в случае временного функционирования предприятия, он, возможно, пожелает продать частично обремененные товарные запасы. И при реорганизационном производстве может оказаться, что с точки зрения повышения стоимости имущественной массы лучше всего будет продать обремененные активы аналогичного характера и обеспечить тем самым поступление необходимых оборотных средств. Таким образом, в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы получают защиту с помощью мер по сохранению стоимости обремененного актива, в законодательство о несостоятельности было бы желательно включить положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности по его выбору предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, такое как право залогового удержания какого-либо другого актива или поступления от продажи обремененного актива, или выплатить полную сумму стоимости активов, которые обеспечивают обеспеченное требование немедленно либо в соответствии с согласованным графиком выплат. В рамках других подходов главный акцент делается на использовании поступлений от продажи обремененных активов (см. главу II.C). Один из методов состоит в том, что суд не допускает использования этих поступлений управляющим в деле о несостоятельности ни в настоящем, ни в будущем. Согласно другим законам, на обеспеченных кредиторов не распространяется действие моратория, и разрешается поиск индивидуальных средств правовой защиты применительно к таким поступлениям, а в тех случаях, когда использование этих поступлений ни обеспеченному кредитору, ни суду не разрешено, должник, руководство его предприятия или управляющий в деле о несостоятельности назначаются лично ответственными за сумму поступлений либо такой долг объявляется не подлежащим погашению.

ii) Защита стоимости обеспеченной части требования

215. Второй подход к решению проблемы защиты интересов обеспеченных кредиторов состоит в сохранении стоимости обеспеченной части требования. Сразу после открытия производства осуществляется оценка обремененных активов, и на основе такой оценки определяется сумма обеспеченной части требования кредитора. Эта сумма остается фиксированной на протяжении всего производства, и при распределении после ликвидации требование обеспеченного кредитора удовлетворяется в объеме такой суммы в первую очередь. В ходе производства обеспеченный кредитор может также получать проценты по предусмотренной в договоре ставке, начисляемые на обеспеченную часть требования, в качестве компенсации за задержку, вызванную производством.

9. Ограничения, накладываемые на распоряжение активами должником

216. В дополнение к мерам, направленным на защиту имущественной массы от действий кредиторов и третьих сторон, в законодательстве различных стран о несостоятельности [как отмечалось выше, в главе II.A.2e)], как правило, предусматриваются ограничения на операции должника с активами имущественной массы. Такие меры обычно применяются после открытия производства, но иногда могут применяться и в период между подачей заявления об открытии производства и самим его открытием. Так, например, когда до открытия производства в качестве временной меры назначается временный

управляющий в деле о несостоятельности, такой управляющий может осуществлять надзор или контроль за действиями должника и, как правило, имеет ограниченные полномочия на проведение операций с имущественной массой. По законодательству о несостоятельности, действующему в ряде стран, возникновение такого периода возможно лишь в случае подачи соответствующего заявления кредитором, а подача заявления должником ведет к открытию производства автоматически.

217. В случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности назначается при возбуждении производства по делу о несостоятельности, в законодательстве многих стран о несостоятельности предусмотрено, что должник либо полностью утрачивает контроль над имущественной массой и не будет иметь возможности заключать какие-либо сделки после открытия производства, либо сохранит, хотя и в ограниченном объеме, полномочия в отношении текущих коммерческих операций и может заключать сделки только в рамках обычных коммерческих операций. Сделки, которые не подпадают под эту категорию, в частности продажа значительных по стоимости активов, могут требовать разрешения со стороны управляющего в деле о несостоятельности, суда или, в некоторых случаях, кредиторов[37].

218. В результате заключения должником несанкционированной сделки, будь то в период между моментом подачи заявления о возбуждении производства и моментом его открытия либо после открытия производства, любое переданное имущество, как правило, возвращается управляющему в деле о несостоятельности, и любые вновь возникшие обязательства в отношении имущественной массы не могут быть принудительно исполнены. Однако могут возникать вопросы, связанные с процессуальным положением контрагента в такой сделке, особенно когда этот контрагент заключил ее добросовестно и оплатил то, что он по ней получил. По этой причине такие сделки признаются в законодательстве некоторых стран о несостоятельности действительными при определенных обстоятельствах. К числу таких обстоятельств могут, в частности, относиться ситуации, когда было передано недвижимое имущество и когда передача его была произведена до появления объявления об открытии производства по делу о несостоятельности в соответствующем реестре или когда третья сторона, являющаяся держателем части активов кредитора, передала их какой-либо другой стороне добросовестно и ей не было абсолютно ничего известно об открытии производства по делу о несостоятельности. Несмотря на то, что такие положения направлены на защиту интересов невиновной стороны, включение их в законодательство может привести к сокращению имущественной массы, потенциально доступной для кредиторов. Поэтому желательно, чтобы любое такое положение включалось в законодательство о несостоятельности и формулировалось в узком смысле. Исходя из того, что разрыв во времени между открытием производства и уведомлением о его начале может иметь с точки зрения передачи такого имущества решающее значение, важно, чтобы уведомления об открытии производства направлялись быстро и становились известными своевременно (см. главу I.B).

219. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности имеются положения, которые касаются заключения договоров и выполнения сделок должником в период между подачей заявления и открытием производства, не санкционированных ни по законодательству о несостоятельности, ни управляющим в деле о несостоятельности, ни судом, ни кредиторами (в тех случаях, когда это необходимо) с точки зрения положений о расторжении сделок (см. главу II.F) и которые рассчитывают подозрительный период ретроактивно с момента открытия производства.

[37] Другие аспекты этих сделок рассматриваются в главах II.A.2(e), II.C и II.E.7.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цели положений, касающихся защиты и сохранения имущественной массы, заключаются в следующем:

a) определить меры, направленные на обеспечение защиты стоимости имущественной массы от ее сокращения в результате действий должника, кредиторов или третьих сторон;

b) определить содержание этих мер и те стороны, в отношении которых они будут применяться;

c) установить способ, время и продолжительность применения этих мер;

d) установить основания для освобождения от применения таких мер.

Содержание законодательных положений

Временные меры[38]

27) В законодательстве должно быть указано, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по просьбе должника, кредиторов или третьих сторон, когда существует срочная необходимость в защите и сохранении стоимости активов должника[39] или интересов кредиторов в период между подачей заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и его открытием[40], включая следующее:

a) приостановление исполнительных действий в отношении активов должника, включая [формализацию] [действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] либо принудительное осуществление обеспечительных интересов;

b) поручение управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному назначенному судом лицу[41] осуществлять управление или надзор за предприятием должника, что может включать предоставление полномочий использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций;

c) поручение осуществлять реализацию всех или части активов должника управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному лицу, назначенному судом, с целью защиты и сохранения стоимости активов должника, которые по своей природе или в силу каких-либо иных обстоятельств являются легко реализуемыми, подвержены обесценению или какому-либо иному риску; и

d) любую иную защитную меру, автоматически применяемую при открытии производства.

Возмещение в связи с принятием временных мер

28) Закон может наделить суд правом:

---

[38] Настоящие статьи составлены согласно соответствующим статьям Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. статью 19 этого Закона).

[39] Упоминания об активах, содержащиеся в пунктах (a) – (c), касаются лишь тех активов, которые образуют часть имущественной массы.

[40] В законе должно быть указано время вступления в силу постановления о введении в действие временных мер, например время вынесения постановления, имеющего обратную силу с момента, когда оно было вынесено, или с какого-либо другого четко определенного момента.

[41] Содержащийся в пунктах (b) и (c) рекомендации 27 термин "иное лицо" не распространяется на должника.

a) требовать от подателя ходатайства об назначении временных мер предоставления соответствующего возмещения и, когда это необходимо, оплаты издержек или полагающихся расходов; либо

b) налагать санкции, связанные с применением временных мер.

Соотношение прав должника и управляющего в деле о несостоятельности

29) В законе должно быть четко установлено соотношение прав и обязанностей должника и любого из управляющих в деле о несостоятельности, которые назначаются судом в качестве временной меры. В период между моментом подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник имеет право продолжать ведение хозяйственной деятельности, а также использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций, но лишь в объеме, ограниченном судом.

Уведомление

30) В законе должно быть указано, что до тех пор, пока суд не ограничит требования в отношении направления уведомления или не отменит его необходимость, соответствующее уведомление должно направляться заинтересованным сторонам, которых затрагивает:

a) ходатайство или постановление суда о назначении временных мер (включая ходатайство о пересмотре характера временных мер, их изменении или прекращении действия); или

b) постановление суда о назначении дополнительных мер, применимых после открытия производства, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомления или не отменит необходимость его направления.

31) В законе должно быть четко указано, что в тех случаях, когда должник или какая-либо сторона, интересы которой затрагивает временная мера, не получает [в течение *оговоренного числа* дней] [после направления срочного ходатайства] [в течение разумного срока] [своевременно][42] уведомления о ходатайстве относительно назначения такой временной меры, должник или какая-либо иная сторона, интересы которой затрагивают временные меры, имеет право быть заслушанной по вопросу о продолжении действия временных мер защиты.

Изменение временных мер или прекращение их действия

32) В законе должно быть четко указано, что суд по своей собственной инициативе или по просьбе управляющего в деле о несостоятельности, должника, кредитора или какого-либо иного лица, затронутого временными мерами, может пересмотреть, изменить характер или прекратить действие временных мер.

Прекращение временных мер после открытия производства

33) В законе должно быть четко указано, что действие временных мер прекращается после вступления в силу мер, применимых после открытия производства, если только суд сам не продлит действие этих временных мер.

Меры, применимые после открытия производства

34) В законе должно быть четко указано, что после открытия производства по делу о несостоятельности[43]:

---

[42] Любой предусмотренный законом срок должен быть непродолжительным и не допускать утраты стоимости предприятия должника.

[43] Эти меры должны, как правило, вступать в силу в момент принятия постановления об открытии производства.

a) возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или процессуальных действий[44], касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, приостанавливается;

b) [формализация] [выполнение действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] или принудительная реализация обеспечительных интересов приостанавливается[45];

c) производство исполнительных действий или иные меры принудительного исполнения в отношении активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливаются;

d) действие права контрагента на прекращение любого контракта с должником приостанавливается[46]; и

e) действие права на передачу, обременение или отчуждение иным образом активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливается[47].

Изъятия из-под действия моратория

35) В соответствии с рекомендацией 34 закон допускает освобождение от действия моратория или временную его приостановку, и когда в нем такие изъятия предусмотрены, они должны быть четко оговорены. Пункт a) рекомендации 34 не должен влиять на право возбуждать индивидуальные иски или судебное разбирательство в той мере, в какой это необходимо для сохранения требования к должнику[48].

Дополнительные меры после открытия производства

36) В законе должно быть четко указано, что суд может вынести решение о мерах защиты в дополнение к мерам, применяемым после открытия производства[49].

---

[44] См. Статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Имеется в виду, что индивидуальные иски, о которых говорится в пункте a) рекомендации 34, будут также охватывать иски, рассматриваемые арбитражным судом. В то же время автоматическое приостановление арбитражного разбирательства не всегда возможно, например в тех случаях, когда арбитражное разбирательство осуществляется не в данном государстве, а за рубежом.

[45] В тех случаях, когда в соответствии с режимом обеспеченных сделок предусматривается льготный период для формализации освобождения того или иного обеспечительного интереса, следует рассмотреть вопрос о том, должно ли любое законодательство о несостоятельности признавать этот льготный период и предусматривать освобождение обеспеченных кредиторов от действия моратория, позволяющее ему осуществлять формализацию таких интересов в соответствующих обстоятельствах (см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам обеспеченных сделок).

[46] См. главу II.D2)a). В данной рекомендации не имеется в виду, что должно прекращаться действие контрактов, в которых установлена дата прекращения действия, выпадающая на время после открытия производства по делу о несостоятельности.

[47] Ограничение права на передачу активов имущественной массы или их реализацию может быть обусловлено исключениями в тех случаях, когда продолжение хозяйственной деятельности должника санкционировано и должник может передавать, обременять или каким-либо иным образом реализовывать активы в ходе обычных коммерческих операций.

[48] См. статью 20(3) Типового закона о трансграничной несостоятельности и пункты 151–152 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам введения его в действие. Когда встает вопрос о количественном выражении требования, в суд может поступить запрос о рассмотрении возможности предоставить освобождение от моратория, с тем чтобы можно было возбудить иск или судебное разбирательство в этих целях.

[49] Характер дополнительных мер может зависеть от того, какой вид мер защиты предусмотрен законодательством той или иной страны, а также от того, какие меры целесообразно принимать в дополнение к мерам, применяемым после открытия производства по конкретному делу о несостоятельности.

Сроки действия мер, применяемых в автоматическом порядке после открытия производства

37) В законе следует четко указать, что меры, применяемые после открытия производства по делам о несостоятельности, должны сохранять юридическую силу в течение всего хода разбирательства вплоть до:

a) момента, когда суд отменит действие этих мер[50];

b) вступления в действие плана реорганизации в ходе реорганизационного производства[51];

c) в тех случаях, когда в ходе ликвидационного производства дело касается обеспеченных кредиторов, установленный в законе фиксированный срок истекает[52], если не продлевается судом на следующем основании:

i) необходимости максимального повышения стоимости активов в интересах кредиторов; и

ii) необходимости защиты обеспеченного кредитора в отношении уменьшения стоимости обремененного актива.

Защита от мер, применимых после открытия производства

38) В законе должно быть четко указано, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых после открытия производства, в том числе на следующих основаниях:

a) обремененный актив не представляется необходимым для осуществления предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника;

b) [в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива,] уменьшается стоимость обремененного актива, а обеспеченный кредитор не защищен от уменьшения стоимости этого актива;

c) в случае реорганизации план реорганизации не утвержден в предусмотренные сроки.

Защита от уменьшения стоимости обремененного актива

39) В законе должно быть четко указано, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты. В тех случаях, когда стоимость обремененного актива не превышает стоимости обеспеченного требования или является недостаточной с точки зрения удовлетворения такого требования, если стоимость обремененного актива уменьшается в ходе реализации мер, применимых после открытия производства, меры защиты могут включать:

a) выплаты наличными из средств имущественной массы;

b) предоставление дополнительных средств обеспечения; или

c) все прочие меры, о принятии которых может распорядиться суд.

---

[50] Отмена должна производиться на основаниях, указанных в числе прочих в рекомендации 38.

[51] Такой план может вступить в действие, в зависимости от требований закона, либо после утверждения его кредиторами, либо в результате подтверждения судом (см. рекомендации, содержащиеся в главе V.A).

[52] Имеется в виду, что применительно к обеспеченным кредиторам мораторий действует лишь в течение непродолжительного времени, например 30–60 дней, и что срок его применения должен быть четко оговорен в законе.

C. Использование активов и распоряжение ими

1. Введение

220. Хотя в качестве общего правила было бы желательно, чтобы законодательство о несостоятельности не затрагивало необоснованно вопросы, касающиеся имущественных прав третьих сторон или же интересов обеспеченных кредиторов, в ходе производства по делу о несостоятельности зачастую требуется, чтобы активы, образующие имущественную массу, и активы, находящиеся в распоряжении должника и используемые в его коммерческих операциях, продолжали использоваться или чтобы такими активами можно было распоряжаться (в том числе путем их обременения), способствуя реализации целей конкретного разбирательства. Это имеет особое значение при реорганизации, но также и в ходе ликвидации, когда коммерческое предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В отдельных случаях это может иметь значение и при ликвидации, если хозяйственную деятельность необходимо продолжать в процессе ликвидации в течение непродолжительного срока в целях максимального увеличения стоимости активов, даже если они продаются по частям. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности содержало положения об использовании и реализации активов, образующих имущественную массу (включая обремененные), а также активов, принадлежащих третьим сторонам, и эти положения касались бы условий, на которых такие активы можно было бы использовать и реализовывать, а также предусматривали бы защиту интересов владельцев, выступающих третьими сторонами, и обеспеченных кредиторов. При разработке таких положений важно, наверное, не упускать из виду, что на использование таких прав по несостоятельности могут оказывать свое влияние и другие законы. В частности, свое действие в плане понижения цены, которую можно получить за определенные активы, могут оказать законы, ограничивающие в некоторых секторах экономики права собственности иностранцев, что, в свою очередь, повлияет на выплаты, причитающиеся кредиторам.

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

a) Обычная хозяйственная деятельность

221. Применительно к использованию и отчуждению активов, образующих имущественную массу, в ряде законов о несостоятельности проводится разграничение между осуществлением таких полномочий в ходе обычной хозяйственной деятельности должника и их осуществлением в иных обстоятельствах, исходя из того, кто может осуществлять такие полномочия и какие требуются средства правовой защиты. Так, например, решения относительно использования и отчуждения имущества в ходе обычной хозяйственной деятельности могут приниматься управляющим в деле о несостоятельности[53] без уведомления кредиторов или рассмотрения дела в суде, тогда как использование и реализации такого имущества вне рамок обычной хозяйственной деятельности может потребовать одобрения суда или кредиторов. Законодательством ряда стран такие права пользования и распоряжения распространяются на должника, который может их реализовывать лишь под наблюдением или контролем управляющего в деле о несостоятельности, или на должника, осуществляющего управление предприятием.

[53] Осуществление этих прав управляющим в деле о несостоятельности зависит от того, какими функциями он наделяется по законодательству о несостоятельности, и может носить ограниченный характер, например тогда, когда такому управляющему отводится роль доверительного собственника или контролера. Зависит оно и от распределения ролей между должником и управляющим в деле о несостоятельности (см. разделы A и B главы III) после открытия производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации.

222. Все проблемы, связанные с осуществлением управляющим в деле о несостоятельности своих полномочий в отношении пользования и распоряжения, а также возможностью злоупотребления ими и растраты, могут быть разрешены с помощью критериев его назначения, в том числе путем предоставления залогового поручительства – подхода, который используется в законодательстве многих стран о несостоятельности (см. также главу III.B), а также посредством других мер, призванных урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности.

223. Включение в законодательство о несостоятельности разграничения между реализацией активов, осуществляемой в ходе обычных коммерческих операций, и реализацией, проводимой вне рамок таких операций, может способствовать продолжению ведения хозяйства на повседневной основе как при реорганизации, так и при ликвидации, когда предстоит продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, не усложняя процедуру получения разрешения суда на ведение повседневной деятельности. Требование о необходимости получения такого разрешения в случае какого-либо нестандартного варианта реализации может стать препятствием для таких злоупотреблений, как передача активов аффилированным лицам. Тем не менее, чтобы избежать споров и обеспечить оперативное и эффективное осуществление производства, в законодательстве о несостоятельности необходимо дать четкие указания относительно того, что представляет собой ведение операций в ходе обычной коммерческой деятельности (относительно действий, которые могут осуществляться в ходе обычной коммерческой деятельности, см. главу II.F.2).

224. В некоторых странах законодательство о несостоятельности проводит также разграничение между различными категориями активов, исходя из того, каким образом такие активы могут использоваться и какие условия подлежат применению. Могут, например, применяться специальные положения, касающиеся скоропортящихся и других активов, стоимость которых уменьшится, если они не будут реализованы быстро или за наличный расчет, либо имущества, принадлежащего должнику совместно с другим лицом или должнику, обремененному обеспечительным интересом.

b) Методы продажи

225. Если активы, образующие имущественную массу в деле о несостоятельности, должны быть проданы, важно обеспечить, чтобы независимо от того, какой стороне может быть предложено проконтролировать продажу, был избран такой способ их продажи, который способствовал бы максимальному увеличению стоимости имущественной массы, а кредиторы получили надлежащее уведомление о продаже, что позволило бы им оспорить такую продажу в судебном порядке в случае ее неодобрения с их стороны. Для достижения этой цели используются различные подходы. Законодательство многих стран о несостоятельности содержит требование о продаже активов через аукцион, причем некоторые законодательства предусматривают право комитета кредиторов или какого-либо иного представителя кредиторов либо управляющего в деле о несостоятельности давать разрешение на некоторые другие методы продажи, например по частному контракту, если они обеспечивают бóльшую прибыльность.

226. Как отмечалось выше, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает право управляющего в деле о несостоятельности продавать такие активы в ходе обычных коммерческих операций и возлагает на него обязанность добиваться наилучшей цены, которую можно разумно получить в момент продажи. Некоторые из этих законодательств ограничивают также дискреционные полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении выбора метода продажи. Для тех случаев, когда

управляющий в деле о несостоятельности решает осуществить продажу на частной основе, а не через публичный аукцион, в законодательстве может быть предусмотрено требование о том, что такая продажа должна осуществляться под надлежащим надзором суда или что она должна быть непосредственно одобрена кредиторами. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности существенная роль при продаже активов отводится судам, причем суд устанавливает сроки, форму и условия продажи; управляющий в деле о несостоятельности играет вспомогательную роль, обеспечивая сбор оферт и информации о мнениях кредиторов. В некоторых странах законодательство о несостоятельности затрагивает также другие вопросы, например вопрос о продаже определенному кредитору для зачета требования данного кредитора и вопрос о продаже любого из активов должника, находящихся во владении третьей стороны, такой третьей стороне по разумной рыночной цене. Если же активам угрожает быстрая утрата их стоимости, например в тех случаях, когда они являются скоропортящимися, подвержены обесценению или им угрожает какой-либо иной риск, направить уведомление и/или получить одобрение кредиторов или суда в сжатые сроки может оказаться довольно затруднительным. Для таких случаев в законе можно, наверное, указать, что получение предварительного одобрения не является необходимым. Несмотря на то, что можно предусмотреть последующее подтверждение продажи после ее совершения, было бы нецелесообразным создавать возможность для отмены или изменения условий такой продажи (кроме случаев мошенничества или сговора), поскольку это может породить впоследствии неопределенность в договорных отношениях, а сама природа активов может свести на нет вероятность любой последующей продажи.

227. Хотя существует мнение о том, что законодательство о несостоятельности должно в частности запрещать продажу активов аффилированным лицам в целях избежания сговора, полного запрещения таких продаж может не потребоваться, если обеспечивается надлежащий контроль за осуществлением продажи, а ее условия тщательно проверяются до выдачи разрешения на ее осуществление. Такой контроль или проверка может потребовать наличия более высоких стандартов оценки стоимости активов и раскрытия деловых связей.

228. Хотя можно предполагать, что продажная цена активов, продаваемых в связи с производством по делу о несостоятельности, будет ниже цены аналогичных активов, продаваемых на обычных рыночных условиях, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть ряд процедурных средств защиты, гарантирующих добросовестность этого процесса, получение максимально высокой цены, а также прозрачность и широкую гласность процесса реализации активов в целом. К числу таких мер защиты относится направление кредиторам и возможным покупателям уведомления таким образом, который обеспечивал бы уверенность в том, что эта информация будет с большой долей вероятности получена заинтересованными сторонами; разрешение кредиторам выдвигать свои возражения или заявлять о своей обеспокоенности (либо управляющему в деле о несостоятельности, либо, в надлежащих случаях, суду); установление требования о проведении оценки активов нейтральными и независимыми специалистами (особенно в тех случаях, когда дело касается недвижимого имущества и специальных видов собственности); а тогда, когда продажа осуществляется через аукцион, установление предварительных требований в отношении участников торгов и назначение в соответствующих случаях минимальных цен, а также предотвращение сговора участников торгов и наказание их за такой сговор.

c) Использование или реализация обремененных активов

229. В законодательстве о несостоятельности необходимо будет урегулировать вопрос об использовании или реализации (помимо случаев дополнительного

обременения) обремененных активов и в частности вопрос о том, следует ли управляющему в деле о несостоятельности или обеспеченному кредитору предоставлять право продавать такие активы. Соответствующий подход будет в значительной степени зависеть от того, включаются ли обремененные активы по законодательству о несостоятельности в имущественную массу в делах о несостоятельности; если такие активы не включаются в имущественную массу, то обеспеченный кредитор, как правило, будет иметь право добиваться принудительной реализации своего обеспечительного интереса. Если же обремененные активы составляют часть имущественной массы, то в законодательстве о несостоятельности могут использоваться различные подходы к решению данного вопроса. В некоторых случаях подход будет зависеть от применения других положений законодательства о несостоятельности и прочих норм права, например положений о моратории (при наложении моратория распоряжаться активами может лишь управляющий в деле о несостоятельности), а также от того, могут ли обремененные активы быть проданными, не будучи обременены интересами. Соответствующий подход может также зависеть от характера предполагаемой продажи, которая может затрагивать только отдельные активы или предусматривать комплексную продажу предприятия в качестве действующей хозяйственной единицы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности, например, предусматривается, что только управляющий в деле о несостоятельности может распоряжаться обремененными активами в рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства. В законодательстве других стран проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией, причем управляющего в деле о несостоятельности может реализовывать активы в рамках реорганизации, однако при ликвидационном производстве он обладает таким правом лишь в течение ограниченного периода, по истечении которого исключительные права управляющего в деле о несостоятельности перестают действовать, а обеспеченный кредитор может начать осуществление своих собственных прав. Независимо от того, какой подход будет избран, в законодательстве о несостоятельности должны содержаться требования, касающиеся необходимости направлять уведомление обеспеченным кредиторам и предоставить им возможность высказать свои возражения. Однако тогда, когда цена требования превышает стоимость актива или наличие актива не требуется для целей производства, управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказаться от обремененного актива в пользу обеспеченного кредитора без направления ему соответствующего уведомления.

230. В законодательстве о несостоятельности должны быть также изложены условия дополнительного обременения активов при наличии соответствующих обеспечительных интересов, причем чаще всего это касается ситуации, когда существующий обеспеченный кредитор обладает преимущественным правом на обеспеченную часть его требования по отношению к любому новому обеспеченному кредитору (см. главу II.D.3).

d) Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи активов, не обремененных интересами

231. В законодательстве ряда стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может продавать активы, образующие имущественную массу, не обремененную интересами, в том числе и обеспечительными, при определенных условиях. Это может предусматриваться, например, при условии, что такая продажа разрешена в соответствии с общим правом, помимо законодательства о несостоятельности; что обладатель интереса уведомлен о предполагаемой сделке и дал на нее свое согласие; что продажная цена превышает стоимость обеспечительного интереса; что обладателя обеспечительного интереса можно принудить (в рамках другого производства)

принять в порядке возмещения его интереса наличный платеж или заменяющее эквивалентное обеспечение; и что будет сохранена очередность удовлетворения интересов в поступлениях от любой продажи. Некоторые законы предусматривают также, что если обладатель обеспечительного интереса не соглашается на продажу, то управляющий в деле о несостоятельности может обратиться в суд для получения разрешения на осуществление продажи. Такое разрешение может быть дано, если суд удостоверится, например, в том, что управляющий в деле о несостоятельности предпринял разумные усилия для получения согласия, что такая продажа отвечает интересам должника и его кредиторов и что продажа не нанесет существенного ущерба обладателю обеспечительного интереса. Но даже если суд дает разрешение на продажу, а предлагаемая цена актива не является адекватной, закон может разрешить обладателю обеспечительного интереса оставить за собой право отказаться от сделанного ему предложения и защитить свой интерес.

232. Определенные преимущества того, что управляющему в деле о несостоятельности разрешено продавать активы, не обремененные интересами, состоят в том, что за активы, обремененные такими интересами, скорее всего будет получена значительно более низкая цена, а перед покупателем возникнет серьезная неопределенность. Когда обремененные активы являются предметом конфликтующих требований (например в вопросах собственности, аренды или права удержания), способность осуществлять продажи без обременения интересами позволит продавать активы (если они не обладают уникальными характеристиками), не дожидаясь урегулирования таких требований, а лица, выдвигающие эти требования, могут впоследствии оспорить характер распределения доходов от продажи.

e) Активы, находящиеся в совместной собственности

233. Если активы принадлежат должнику и другому лицу в рамках определенной формы совместной собственности, то при реализации интереса должника могут применяться различные подходы. Если активы могут быть разделены в соответствии с общим правом между должником и другими совместными собственниками для целей принудительного исполнения, то интерес в отношении имущественной массы в деле о несостоятельности можно продать, не затрагивая интересов других совместных собственников. В то же время законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что при соблюдении определенных условий управляющий в деле о несостоятельности может продать как интерес в отношении имущественной массы, так и интерес других совместных собственников. В число таких условий могут входить следующие: разделение имущества между имущественной массой и другими совместными владельцами невозможно осуществить; продажа по частям позволяет получить за имущественную массу гораздо меньшую сумму, чем продажа неразделенного целого, не обремененного интересами других совместных владельцев; и преимущество такой продажи для имущественной массы перевешивает любой ущерб другим совместным владельцам. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, что другой совместный владелец имеет возможность или право приобрести интерес должника до завершения продажи другой стороне. Как указывалось выше (см. II.A.2), на характер реализации таких активов в деле о несостоятельности могут повлиять и другие положения применимого права.

f) Обременительные, не имеющие ценности и труднореализуемые активы

234. Предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности отказаться от имущественного интереса в некоторых активах, включая землю, акции, активы, на которые распространяются действующие обеспечительные интересы, контракты и другое имущество, может отвечать цели максимального повышения стоимости и сокращения издержек производства в тех случаях, когда

по определению управляющего в деле о несостоятельности такой отказ будет отвечать интересам имущественной массы, а также в случае, когда обеспеченный кредитор получает освобождение от действия моратория. Для осуществления такого права может потребоваться разрешение суда, а также выполнение некоторых условий, в частности условия о том, что отказ не должен противоречить ни одному из насущных публичных интересов, например в тех случаях, когда такой актив способен причинить ущерб окружающей среде либо представлять угрозу здоровью и безопасности общества. К числу ситуаций, при которых подобный подход может оказаться целесообразным, относятся ситуации, когда активы не имеют никакой стоимости или имеют незначительную стоимость по отношению к имущественной массе, когда актив обременен таким образом, что его сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации такого актива или приведут к возникновению обременительного обязательства либо финансового обязательства, или когда управляющему в деле о несостоятельности невозможно или нелегко продать такой актив, в частности если актив обладает уникальными характеристиками или возможность его продажи на рынке либо его рыночная стоимость с трудом поддается определению. Кредиторам должны направляться уведомления о любом предложении управляющего в деле о несостоятельности отказаться от активов, и им должна быть предоставлена возможность заявлять свои возражения по поводу такого отказа.

g) Дебиторская задолженность

235. Если активы, образующие имущественную массу, включают дебиторскую задолженность (договорное право должника на получение платежа определенной денежной суммы), управляющий в деле о несостоятельности может быть заинтересован в том, чтобы иметь возможность уступать такие права, например в целях получения справедливой оценки имущественной массы или кредита. Для решения вопроса об уступке в контексте несостоятельности применяются различные подходы (см. главу II.D). В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает ничтожными оговорки о недопустимости уступки. Согласно законодательству других стран о несостоятельности, этот вопрос решается на основе общего договорного права. Если договор содержит оговорку о недопустимости уступки, то уступка права по такому договору не может быть осуществлена до тех пор, пока не получено согласие сторон – участниц первоначального договора. В некоторых законах предусматривается также, что если контрагент по первоначальному договору не соглашается на уступку, то управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если может быть доказано, что разумных оснований для отказа контрагента в согласии не имеется. Управляющий в деле о несостоятельности затем имеет право уступить договор в интересах имущественной массы. Такой подход соответствует подходу, использованному в статье 9 Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 года)[54].

[54] Статья 9 Договорных ограничений на уступку:

1. Уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.

2. Ничто в настоящей статье не затрагивает любых обязательств или ответственности цедента за нарушение такой договоренности, однако другая сторона этой договоренности не может расторгнуть первоначальный договор или договор уступки только на основании этого нарушения. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не может нести ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

3. Настоящая статья применяется только к уступкам дебиторской задолженности:

3. Активы, принадлежащие третьим сторонам

236. В некоторых делах о несостоятельности активы, принадлежащие третьим сторонам, так же как и обремененные активы, могут иметь важнейшее значение для дальнейшего функционирования коммерческого предприятия, в частности при реорганизационном производстве, но также, хотя и в меньшей степени, в некоторых случаях ликвидационного производства, когда предприятие подлежит продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В таких случаях в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть определенные механизмы, которые позволят продолжать использование таких активов в ходе производства по делу о несостоятельности. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности этот вопрос разрешается с точки зрения категории активов, подлежащих включению в имущественную массу [см. главу II.A.2c) и 3a)]. В законодательстве других стран о несостоятельности, где вопросы владения активами должником регулируются договорными соглашениями, эта проблема рассматривается в контексте режима договоров (см. главу II.E). Такое урегулирование может предусматривать, например, установление ограничений на прекращение договора, согласно которому должник распоряжается активами [см. главу II.E.2a)], либо лишение, путем наложения моратория, владельца права требовать возвращения своих активов в случае несостоятельности (по меньшей мере без согласия суда или управляющего в деле о несостоятельности) в течение ограниченного периода времени после открытия производства.

237. Если в производстве по делу о несостоятельности используются активы, принадлежащие третьим сторонам, то в законодательстве о несостоятельности нужно будет урегулировать вопрос о защите интересов владельцев таких активов в случае уменьшения их стоимости, которая в значительной степени должна обеспечиваться таким же образом, как и защита обеспеченных кредиторов в случае уменьшения стоимости обремененных активов [см. главу II.B.3b)]. Желательно, чтобы любые преимущества, которые предоставляются в отношении имущественной массы в результате продолжения использования активов, оплачивались бы из средств имущественной массы в виде расходов по управлению ею (см. главу II. E).

4. Режим поступлений в виде наличности

238. Для тех случаев, когда в ходе производства по делу о несостоятельности продаются "ликвидные" обремененные активы, то есть такие обремененные активы, как, например, товары, находящиеся на складе, которые можно легко обратить в наличность, в законодательстве большинства стран предусматривается, что за обеспеченным кредитором, обладающим интересом в отношении обремененного актива, сохраняется эквивалентный интерес в любой наличности, полученной в результате реализации этого актива.

239. Такие поступления в виде наличности могут представлять собой важный источник средств для имущественной массы в деле о несостоятельности в ходе производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации, и использоваться в различных целях, касающихся ведения коммерческих

---

a) возникающей из первоначального договора, являющегося договором о поставке или аренде товаров или об услугах помимо финансовых услуг, договором о строительстве или договором о продаже или аренде недвижимости;

b) возникающей из первоначального договора о продаже, аренде или передаче по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

c) представляющей собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте; или

d) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитающимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон.

операций, например для оплаты электроснабжения и других услуг. Чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог использовать такие наличные поступления, он, как правило, должен придерживаться одного из двух вариантов действий. Поступления в виде наличности можно использовать с согласия соответствующего обеспеченного кредитора на условиях, оговоренных сторонами, либо, в соответствии с другим вариантом, должник, направив уведомление заинтересованным кредиторам, может обратиться в суд с ходатайством отдать распоряжение о разрешении использовать поступления в виде наличности. Обычно суд, прежде чем санкционировать такое использование, должен исследовать три обстоятельства. Ему придется установить наличие соответствующего обеспечительного интереса и стоимость связанного с этим интересом имущества; определить степень риска для обеспеченного кредитора, а кроме того, определить, были ли приняты достаточные меры для защиты экономической стоимости обеспеченного требования [см. главу II.B.8b)].

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся использования и реализации активов, заключаются в следующем:

a) разрешить использование в ходе производства по делам о несостоятельности активов, в том числе обремененных, а также активов, принадлежащих третьим сторонам, и определить условия их реализации;

b) установить пределы полномочий по использованию и реализации активов;

c) направить кредиторам в случае необходимости уведомление о предполагаемых вариантах реализации активов;

d) предусмотреть режим обременительных активов.

Содержание законодательных положений

Полномочия по использованию и реализации активов, образующих имущественную массу

40) Закон должен разрешать:

a) использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), в ходе обычных коммерческих операций;

b) использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), вне рамок обычных коммерческих операций, но при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 41 и 44.

Уведомление о реализации активов и публикация информации

41) В законодательстве должно быть четко указано, что кредиторам следует направлять соответствующие уведомления о любом акте реализации активов, осуществляемой вне рамок обычных коммерческих операций[55], и что им предоставляется возможность выдвигать свои возражения.

[55] В тех случаях, когда активы, используемые в ходе производства по делу о несостоятельности, представляют собой обремененные активы, на них также распространяется рекомендация 43.

42) В законодательстве должно быть четко указано, что информацию о проведении открытых аукционов следует обнародовать таким образом, чтобы существовала достаточно высокая степень вероятности ознакомления с нею заинтересованных сторон.

Способность осуществлять продажи активов, образующих имущественную массу, не обременяя их обеспечением и иными интересами

– Продажа активов в ходе обычных коммерческих операций

43) Закон может разрешать управляющему в деле о несостоятельности осуществлять продажу активов, образующих имущественную массу, не обременяя их обеспечением и иными интересами, в ходе обычных коммерческих операций, если:

a) управляющий в деле о несостоятельности направил уведомление о предполагаемой продаже обладателям обременения или прочих интересов;

b) обладателям таких интересов предоставлена возможность выдвигать свои возражения в отношении предполагаемой продажи;

c) не предоставлено освобождения от действия моратория;

d) сохраняется очередность интересов в получении доходов от продажи актива.

– Продажа активов вне рамок обычных коммерческих операций

[44) Законодательство может разрешать управляющему в деле о несостоятельности продажу активов, образующих имущественную массу, не обремененных обеспечением и прочими интересами, вне рамок обычных коммерческих операций при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 41 и43.]

Общепринятые методы продажи активов

45) Законодательство должно четко устанавливать методы продажи активов, осуществляемой вне рамок обычных коммерческих операций, призванные способствовать максимальному повышению цены, которую можно получить за активы, продаваемые в ходе производства по делам о несостоятельности, а кроме того, оно должно санкционировать проведение как открытых аукционов, так и частных продаж.

Срочная продажа активов

46) Законодательство должно разрешать срочную продажу активов вне рамок обычных коммерческих операций тогда, когда в силу своей природы или каких-либо иных обстоятельств такие активы являются скоропортящимися, подвержены обесценению или каким-либо иным рискам. В законодательстве может содержаться положение о том, что при таких обстоятельствах получения предварительного разрешения суда или кредиторов не требуется.

Передача активов аффилированным лицам

47) В законодательстве должно содержаться требование о тщательной проверке всех предполагаемых актов передачи активов аффилированным лицам до выдачи разрешения на их осуществление.

Обременительные активы

48) Законодательство должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности определять режим любых активов, обременяющих имущественную массу. В частности, согласно законодательству управляющему в деле о несостоятельности должно быть предоставлено право отказываться от обременительных активов, предварительно направив соответствующие

уведомления кредиторам, а также предоставив кредиторам возможность высказать свои возражения против этого предполагаемого акта. В тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива и когда наличия актива не требуется для целей реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, законодательство может разрешить управляющему в деле о несостоятельности отказаться от активов в пользу обеспеченного кредитора без направления уведомления в адрес других кредиторов.

D. Финансирование после открытия производства

1. Необходимость в финансировании после открытия производства

240. Продолжение работы предприятия должника после открытия производства по делу о несостоятельности имеет решающее значение при реорганизации и, в меньшей степени, при ликвидации, когда коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для поддержания своей деловой активности должник должен иметь доступ к финансовым средствам, что позволит ему продолжать оплачивать важнейшие поставки товаров и услуг, в том числе затраты на рабочую силу, страхование, арендную плату, поддержание контрактов и другие оперативные расходы, а также расходы, связанные с поддержанием стоимости активов. В некоторых делах о несостоятельности должник уже может располагать достаточными ликвидными активами для оплаты расходов на ведущуюся коммерческую деятельность в форме наличности или других активов, которые могут быть конвертированы в наличность (таких, как предполагаемые поступления от дебиторской задолженности). В качестве альтернативы эти расходы могут покрываться за счет существующих потоков кассовой наличности должника путем введения моратория и прекращения платежей по обязательствам, возникшим до открытия производства. В тех случаях, когда у должника нет средств для удовлетворения его срочных потребностей в наличности, он будет вынужден запрашивать финансовые средства у третьих сторон. Такое финансирование может происходить в форме торгового кредита, предоставляемого должнику продавцами товаров и услуг, или ссуды, или же могут иметь место другие формы финансирования со стороны заимодателей.

241. Чтобы обеспечить продолжение коммерческой деятельности, когда она является предметом производства, весьма желательно определиться в вопросе о необходимости новых финансовых средств на первоначальном этапе, в некоторых случаях даже в период между подачей заявления и открытием производства. После этого первоначального периода, особенно в ходе реорганизационного производства, наличие новых финансовых средств будет также иметь важное значение после открытия производства и до рассмотрения плана; получение финансовых средств в период после утверждения плана, как правило, должно быть предусмотрено в данном плане, особенно в тех правовых системах, которые запрещают новые заимствования, если план не предусматривает такую необходимость.

242. Несмотря на то что для проведения производства может быть желательным наличие у должника возможности получения новых денежных средств, в правовых системах ряда стран предоставление новых денежных средств в случае несостоятельности ограничивается либо вопрос о новом финансировании и очередности его выплаты в случае несостоятельности конкретно не рассматривается, что приводит к неопределенности. Например, согласно законодательству ряда стран, новые денежные средства могут быть предоставлены только под обеспечение, поскольку предоставление преференций в отношении новых заимствований запрещается. В случаях отсутствия

необремененных активов, которые должник может предложить в качестве обеспечения, или отсутствия избыточной стоимости в уже обремененных активах возможности получить новые денежные средства не будет, если только заимодатель не готов взять на себя риск предоставления ссуды без обеспечения либо если средства могут быть получены из таких источников, как семья должника или другие компании холдинга. Предоставление финансовых средств в период до открытия производства может также поднять сложные вопросы, касающиеся использования полномочий на расторжение сделок и ответственности как заимодателя, так и должника. Например, в законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что в тех случаях, когда заимодатель предоставляет средства неплатежеспособному должнику, он может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов, иначе соглашение о предоставлении средств будет подлежать расторжению в ходе последующего производства по делу о несостоятельности. Законодательство ряда других стран возлагает задачу заимствования средств на управляющего в деле о несостоятельности, но в этом случае может возникнуть вопрос о персональной ответственности за выплату долга.

243. В случаях, когда законодательство о несостоятельности направлено на осуществление производства по делу о несостоятельности, при котором неплатежеспособное коммерческое предприятие должно продолжать коммерческую деятельность, будь то в форме его реорганизации или ликвидации путем продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, принципиально важно решить вопрос нового финансирования и рассмотреть ограничения, подобные описанным выше. В законодательстве о несостоятельности может признаваться необходимость финансирования после открытия производства, устанавливаться порядок выдачи разрешения на такое финансирование и очередность выплат заимодателю в погашение ссуд. Центральным вопросом является вопрос о круге полномочий и, в частности, о том, какие стимулы могут быть предложены потенциальному кредитору, чтобы заинтересовать его в предоставлении финансовых средств. В той степени, в которой принятое решение будет оказывать воздействие на права существующих обеспеченных кредиторов или лиц, обладающих приоритетным по времени интересом в активах, желательно, чтобы положения, касающиеся финансирования после открытия производства, были сбалансированы с учетом общей необходимости исполнения коммерческих сделок, защиты уже существующих прав и очередности требований кредиторов и минимизации любых негативных последствий с точки зрения доступности кредита, в частности обеспеченного финансирования, которые могут возникнуть в результате вмешательства в уже существующие обеспечительные права и приоритеты. Важно также рассмотреть воздействие на необеспеченных кредиторов, которые могут столкнуться с тем, что оставшиеся необеспеченные активы будут использованы для обеспечения новых заимствований, а на распределение ничего не останется, особенно если реорганизация не удалась.

244. Кроме вопросов доступности и обеспечения или очередности нового кредитования в законодательстве о несостоятельности необходимо будет предусмотреть порядок выдачи разрешения на привлечение вышеупомянутых новых денежных средств (рассматривается ниже), а на случай неудачи реорганизации и преобразования реорганизационного производства в ликвидационное, – режим в отношении средств, которые могли быть выделены до такого преобразования (рассматривается ниже).

2. Источники финансирования после открытия производства

245. По всей вероятности, кредитование после открытия производства может быть получено только из ограниченного числа источников. Это в первую очередь заимодатели, которые предоставляли ссуды должнику еще до наступления

несостоятельности, либо продавцы товаров, которые поддерживают с должником и его предприятием постоянные отношения и могут предоставлять новые средства или торговые кредиты, с тем чтобы повысить вероятность получения выплат по уже существующим требованиям и, возможно, получить дополнительную прибыль в результате более высоких ставок по новым кредитам. Ко второй группе относятся заимодатели, которые не имели связи с предприятием должника до наступления несостоятельности и побудительной причиной для которых может быть лишь только перспектива получения высокой прибыли. Стимулом для обеих категорий кредиторов является уверенность в том, что финансированию после открытия производства будет предоставлен специальный режим. Для существующих заимодателей дополнительными стимулами будут также выступать их сохраняющиеся отношения с должником и его предприятием, гарантия того, что условия, на которых были предоставлены кредиты до открытия производства, не будут изменены, а согласно законодательству некоторых стран, – также и вероятность того, что, если они не предоставят финансовые средства до открытия производства, приоритет может получить заимодатель, который такие средства предоставляет.

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета

246. Для привлечения финансовых средств после открытия производства и для того, чтобы обеспечить их погашение, можно использовать ряд различных подходов, включая предоставление обеспечения в необремененных или частично обремененных активах, а при отсутствии такой возможности – установление приоритета.

a) Предоставление обеспечения

247. Если заимодатель требует обеспечения, оно может быть предоставлено в необремененном имуществе или в качестве субординированного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененном имуществе, когда стоимость обремененного актива существенно превышает сумму существовавшего до этого обеспеченного обязательства. В этом случае никакой специальной защиты для ранее существовавших обеспеченных кредиторов, как правило, не требуется, поскольку их права не будут ущемлены, если только позднее не изменятся обстоятельства (например, обремененные активы начнут обесцениваться) и если не будет достигнута иная договоренность, то такие кредиторы сохранят тот же приоритет в отношении обремененного актива, которым они обладали до открытия производства. Единственными необремененными активами, доступными для предоставления обеспечения при привлечении финансовых средств после открытия производства, зачастую оказываются активы, возвращенные при расторжении сделок.

b) Установление приоритета

248. Для тех случаев, когда вышеописанные решения являются либо недостаточными, либо невозможными, например, в силу отсутствия обремененных активов либо избыточной стоимости в уже обремененных активах, законодательство о несостоятельности предусматривает различные способы поощрения предоставления новых финансовых средств.

249. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что новым кредитам будет предоставляться определенный уровень приоритета по отношению к требованиям других кредиторов, в некоторых случаях включая существующих обеспеченных кредиторов. Один из уровней приоритета классифицируется в качестве административного приоритета (см. главу V.B), который выше в сравнении с требованиями обычных необеспеченных

кредиторов, но не выше приоритета обеспеченного кредитора в отношении его обеспечения. В некоторых случаях такой приоритет предоставляется на основе того, что новый кредит выделяется не должнику, а управляющему в деле о несостоятельности, и переходит в статью издержек за счет имущественной массы. Законодательство некоторых стран о несостоятельности требует одобрения такого заимствования судом или кредиторами, в то время как законодательство о несостоятельности других стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности может получить необходимую сумму без одобрения, хотя это может нести в себе элемент персональной ответственности и в этом случае вполне способно вызвать нежелание изыскивать новые финансовые средства.

250. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается административный "суперприоритет", превосходящий приоритет административных кредиторов, либо приоритет, превосходящий приоритет всех кредиторов, включая обеспеченных кредиторов (который иногда называется "первоочередным привилегированным требованием"). В странах, где допускается такой вид приоритета, суды, рассматривающие дела о несостоятельности, признают риск для существующих обеспеченных кредиторов и разрешают такие виды приоритета неохотно, только в качестве последнего средства. Такой приоритет может предоставляться на определенных условиях, например на условии направления уведомления затронутым обеспеченным кредиторам и предоставления им возможности быть заслушанными в суде; предоставления должником доказательств того, что он не может получить необходимые финансовые средства без приоритета; и обеспечения защиты от любого снижения экономической ценности обремененных активов, в том числе за счет избыточной стоимости актива, достаточной для того, чтобы оградить существующего обеспеченного кредитора от неоправданного риска чрезмерного негативного влияния на его финансовое положение по сравнению с суперприоритетом. В некоторых правовых системах имеются все эти варианты привлечения финансовых средств после открытия производства. Как правило, экономические права существовавших ранее обеспеченных кредиторов следует защищать от необоснованных нарушений. При необходимости (и как уже говорилось в связи с защитой имущественной массы: см. главу II.B.8) это можно осуществить путем периодических платежей или предоставления обеспечительных прав в дополнительных активах в качестве замены любых активов, которые могут быть использованы должником или обременены для получения нового кредита.

4. Предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства

251. При рассмотрении вопроса о предоставлении разрешения на новое кредитование желательно увязывать его с вопросом о возможном ущербе или вероятных выгодах от выделения новых финансовых средств. В законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности вправе определять потребность в новых денежных средствах для продолжения функционирования предприятия или его выживания либо для сохранения или приумножения стоимости имущественной массы, а также что управляющий в деле о несостоятельности (либо, по законодательству некоторых стран, должник, находящийся во владении) может получать необеспеченный кредит без согласия суда или кредиторов, в то время как согласно законодательству других стран при определенных обстоятельствах требуется утверждение со стороны суда или кредиторов. Принимая во внимание тот факт, что потребность в новых финансовых средствах для обеспечения бесперебойного функционирования предприятия может носить достаточно неотложный характер, желательно свести

количество необходимых разрешений к минимуму, хотя, разумеется, в законодательстве о несостоятельности может быть установлен иерархический подход в зависимости от характера предоставляемого обеспечения или устанавливаемого приоритета. Хотя требование участия суда в решении этого вопроса, как правило, может способствовать обеспечению прозрачности и предоставить дополнительную гарантию заимодателям, во многих случаях управляющий в деле о несостоятельности может лучше оценить необходимость в новом финансировании. В любом случае суд, как правило, не располагает для обоснования своего решения иными специальными знаниями или информацией, помимо той, которая предоставляется управляющим в деле о несостоятельности.

252. Вопрос предоставления обеспечения в необремененных или частично обремененных активах, как правило, не относится к решениям, требующим одобрение суда. В случае, если уровень обычно предоставляемого приоритета – например, административный приоритет – устанавливается законодательством о несостоятельности, одобрение суда также может не потребоваться. Если одобрение суда будет все же сочтено желательным, то можно принять компромиссный подход, установив порог, выше которого требуется одобрение суда. Однако в тех случаях, когда предоставляемое обеспечение или устанавливаемый приоритет затрагивает интересы, например, существующих обеспеченных кредиторов и эти обеспеченные кредиторы не поддерживают предлагаемые меры, следует требовать одобрения суда. Если же обеспеченные кредиторы согласны с изменением отношения к их обеспечительным интересам, одобрение суда может не потребоваться.

5. Последствия изменения характера производства

253. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что любое обеспечение, предоставляемое в связи с новым кредитованием, может быть аннулировано при последующей ликвидации, что может повлечь за собой ответственность за затягивание начала ликвидационного производства и за потенциальный ущерб интересам кредиторов. Такой подход может затормозить начало реорганизации. Предпочтителен подход, при котором кредиторы, получающие приоритет для нового финансирования, сохранят его при любой последующей ликвидации. Существует еще один вариант решения данного вопроса, согласно которому при последующей ликвидации приоритет признается, но его первоначальный порядок очередности может не сохраниться: например, она может оказаться ниже очередности административных требований, связанных с расходами на ликвидацию, либо быть одинаковой (*pari passu*) с административными расходами.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся финансирования после открытия производства, заключаются в следующем:

a) способствовать привлечению финансовых средств для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника либо для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы;

b) обеспечить надлежащую защиту лицам, предоставляющим финансовые средства после открытия производства;

c) обеспечить надлежащую защиту тем сторонам, права которых могут быть затронуты предоставлением финансирования после открытия производства.

Содержание законодательных положений

49) Законодательство должно способствовать привлечению управляющим в деле о несостоятельности финансовых средств после открытия производства, если управляющий в деле о несостоятельности сочтет это необходимым для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника или же для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы. В законодательстве может содержаться требование получения разрешения суда или кредиторов (либо комитета кредиторов).

Обеспечение для финансирования после открытия производства

50) В законодательстве следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса для выплаты ссуды, полученной после открытия производства, включая обеспечительный интерес в необремененных активах (включая активы, приобретенные после открытия производства) либо субординированный или менее приоритетный обеспечительный интерес в уже обремененных активах имущественной массы.

51) В законодательстве[56] следует установить, что обеспечительный интерес в активах имущественной массы для финансирования после открытия производства не имеет приоритета в сравнении с любым существующим обеспечительным интересом в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не получит согласия существующего обеспеченного кредитора (кредиторов) или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации 52.

52) В законодательстве следует установить, что в случае, если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет над существовавшим до этого обеспечением, если соблюдены определенные условия, в том числе:

a) существующему обеспеченному кредитору была предоставлена возможность быть заслушанным судом;

b) должник может представить доказательства невозможности получения финансовых средств каким-либо иным образом; и

c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены[57], в том числе за счет достаточной избыточной стоимости обремененного актива, с тем чтобы существующий обеспеченный кредитор не оказался подвержен неоправданному риску ущерба.

Приоритет для финансирования, полученного после открытия производства

53) В законодательстве следует установить приоритет, который может быть предоставлен финансированию, полученному после открытия производства, предусматривая, по крайней мере, что платеж лицу, предоставившему финансирование после открытия производства, осуществляется ранее платежа обычным необеспеченным кредиторам, включая необеспеченных кредиторов, имеющих административный приоритет.

Последствия изменения характера производства для финансирования, полученного после открытия производства

54) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что в случаях преобразования реорганизационного производства в ликвидационное

[56] Эта норма может содержаться в ином законодательном акте, нежели законодательство о несостоятельности; в этом случае в законодательстве о несостоятельности должна даваться отсылка к этой норме.

[57] См. главу II.B.8.

любой приоритет в пользу финансирования после открытия производства при реорганизации должен признаваться и при ликвидации[58].

E. Режим контрактов

1. Введение

254. Чем более развита экономика, тем более значительная часть экономического богатства, вероятно, будет заключена в договорах или контролироваться при их помощи. В результате этого режим контрактов приобретает важнейшее значение для урегулирования дел о несостоятельности. При разработке правовых принципов в этой связи возникают две общие проблемы. Первая из них связана с тем, что контракты, в отличие от других активов несостоятельного предприятия, обычно связаны с обязательствами или требованиями. Иными словами, предприятие часто обязано исполнить обязательство или произвести платежи, с тем чтобы получить права, которые потенциально являются ценными активами. В силу этого необходимо принимать сложные решения по режиму того или иного контракта, чтобы обеспечить наибольшую стоимость для имущественной массы. Вторая трудность связана с существованием большого разнообразия видов контрактов. К их числу относятся простые контракты купли-продажи товаров, контракты краткосрочной или долгосрочной аренды земельных участков или личного имущества, а также чрезвычайно сложные контракты франшизы или контракты на сооружение и эксплуатацию крупных объектов. Кроме того, в соответствии с контрактом должник может выступать в качестве покупателя или продавца, арендодателя или арендатора, лицензиара или лицензиата, поставщика или получателя, и проблемы, возникающие в связи с несостоятельностью, могут существенно различаться, если их рассматривать с точки зрения различных сторон.

255. Достижение цели максимизации стоимости имущественной массы и сокращения обязательств или, при реорганизации, создания возможности для выживания должника и бесперебойного продолжения его операций в максимально возможных пределах может предполагать использование тех контрактов, которые являются выгодными и способствуют повышению стоимости имущественной массы (включая контракты, обеспечивающие продолжение использования важнейшего имущества, в том числе и принадлежащего третьим лицам), и расторжение тех из них, которые являются обременительными либо текущие затраты по исполнению которых превышают выгоды от их реализации. Например, в случае, если по контракту должник согласился закупить определенный товар по цене, составляющей половину рыночной цены в момент наступления несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности будет, несомненно, выгодно иметь возможность продолжать закупки по более низким ценам и осуществлять продажи по рыночным ценам. Контрагент, естественно, будет стремиться выйти из ставшего невыгодным соглашения, однако когда от него требуют исполнения контракта, это означает всего лишь требование соблюдения условий сделки, заключенной до наступления несостоятельности. Во многих системах ему будет запрещено отказываться от исполнения условий контракта, хотя он может иметь право на получение гарантий относительно уплаты договорной цены в полном объеме. Во многих случаях продолжение исполнения контракта будет выгодным для обеих договаривающихся сторон, а не только для должника.

[58] При этом сохранение прежнего порядка очередности необязательно. Например, согласно законодательству ряда стран, финансирование, полученное после открытия производства, имеет более низкий приоритет по сравнению с административными требованиями, связанными с расходами на ликвидацию.

256. При принятии решения о том, как следует поступать с контрактами в случае несостоятельности, возникает первый вопрос: о соотношении значимости подтверждения норм общего договорного права при решении вопросов несостоятельности, с одной стороны, и факторов, оправдывающих вмешательство в эти установленные договорные принципы, – с другой. Чтобы достичь должного равновесия между общими целями государственной политики, целями производства по делам о несостоятельности и потребностью в предсказуемости коммерческих отношений, возможно, потребуется сбалансировать ряд противоречивых интересов. В их число входят: относительная значимость реорганизации и участие обеспеченных кредиторов в процессе производства по делам о несостоятельности; конкретные социальные интересы, связанные с некоторыми видами договоров, таких как договоры найма (см. ниже); последствия допущения вмешательства в процесс дальнейшего исполнения контрактов для начала производства по делам о несостоятельности, для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений и для стоимости и доступности кредита (чем шире полномочия продолжать исполнение контрактов или расторгать их в случае несостоятельности, тем более высокой может быть стоимость и более низкой доступность кредита); а также вопрос о том, насколько полномочия влиять на исполнение контрактов расширят повторное использование активов.

257. Если в законодательстве о несостоятельности принят подход, в соответствии с которым разрешается воздействие на исполнение контрактов при обстоятельствах, противоречащих общедоговорным принципам, то возникают дальнейшие соображения относительно объемов этих полномочий и видов контрактов, которые может затронуть эта норма. При открытии производства по делу о несостоятельности должник практически во всех случаях будет являться стороной, как минимум, одного контракта, когда и у должника, и у контрагента еще остались невыполненные обязательства помимо выплаты денежных средств за поставленный товар. В случае, когда только одна сторона не полностью выполнила свои обязательства, никаких специальных правил не требуется. Если стороной, не полностью исполнившей свои обязательства, является должник, то у другой стороны будет возможность в случае несостоятельности предъявить требование об исполнении или убытках (см. главу V.A). Если стороной, не полностью исполнившей свои обязательства, является контрагент, то управляющий в деле о несостоятельности может потребовать от этой стороны исполнения или возмещения убытков. Однако если свои обязательства не в полном объеме исполнили обе стороны, то в соответствии с законодательством многих стран о несостоятельности такие контракты могут быть приостановлены, с тем чтобы лишить контрагента возможности использовать право их расторжения, после чего исполнение этих контрактов может быть возобновлено либо они могут быть расторгнуты (или, возможно, уступлены, хотя разрешается это нечасто). Обычно решение вопроса о том, как поступить с контрактом, поручается управляющему в деле о несостоятельности. Однако в отношении необходимости утверждения со стороны суда практикуемые в различных правовых системах подходы не совпадают.

258. В случае реорганизации, когда цель производства по делу состоит в создании должнику условий для выживания и продолжения по мере возможности его деятельности, продолжение исполнения контрактов, являющихся выгодными или необходимыми для предпринимательской деятельности должника и способствующих возрастанию стоимости имущественной массы, может иметь решающее значение для успеха производства по делу. В их число могут входить контракты на поставку важнейших товаров и услуг либо контракты на использование имущества, имеющего ключевое значение для дальнейшего функционирования предприятия, в том числе и имущества, находящегося в собственности третьих лиц.

Аналогичным образом перспективы успешного завершения реорганизации можно улучшить, разрешив управляющему в деле о несостоятельности отказываться от обременительных контрактов, например контрактов, расходы на исполнение которых превышают получаемые выгоды, либо – как, например, в случае неистекшего договора аренды – если договорные цены выше рыночных. В случае ликвидации желательность продолжения исполнения контрактов после открытия производства по делу, по всей вероятности, не будет столь же важной, как при реорганизации, за исключением обстоятельств, когда сохранение контракта может привести к увеличению стоимости предприятия должника или каких-либо конкретных активов или способствовать продаже коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Например, договор аренды, согласно которому арендная плата установлена ниже рыночных ставок, а срок действия которого истекает не скоро, может иметь важнейшее значение для любой предполагаемой продажи коммерческого предприятия либо может быть уступлен, с тем чтобы выручить средства для распределения среди кредиторов.

259. Что касается видов контрактов, подпадающих под действие этих норм, как правило, решение заключается в том, чтобы предусмотреть в законодательстве о несостоятельности общие нормы для всех видов контрактов и исключения для некоторых особых контрактов. Не исключено, например, что потребуется ограничить право отказываться от исполнения трудовых договоров, учитывая соображения о том, что несостоятельность может быть использована именно как средство ликвидации защиты, предоставляемой работникам по таким договорам. К другим видам контрактов, требующих специального режима, могут относиться финансовые контракты (см. главу II.H), контракты на личные услуги, когда для исполнения соглашения особое значение имеет личность стороны, будь то должника или служащего должника, а также договоры займа и договоры страхования.

2. Оговорки об автоматическом расторжении контракта

260. Во многие контракты включается оговорка, определяющая события неисполнения обязательств, которые дают контрагенту безусловное право, например, на расторжение контракта или на сокращение срока его исполнения (иногда именуемая оговоркой "в силу самого факта"). К числу таких событий неисполнения обязательств обычно относятся: подача заявления об открытии производства по делу о несостоятельности либо начало такого производства; назначение управляющего в деле о несостоятельности; соответствие должника критериям для открытия производства по делу о несостоятельности; и даже признаки ослабления финансового положения должника. Законодательство ряда стран подтверждает действительность таких оговорок о расторжении контракта или сокращении срока его исполнения. В случаях, когда продолжение исполнения контракта желательно и после открытия производства по делу о несостоятельности, это станет возможным, только если контрагент не решит воспользоваться имеющимися у него по контракту правами, или если его удастся убедить не принимать такого решения, или в законодательстве о несостоятельности предусмотрен механизм, который можно использовать для того, чтобы убедить контрагента позволить продолжать исполнение контракта. Такой механизм может предусматривать возможность предоставления приоритета на получение платежа за услуги, предоставленные после открытия производства (в законодательствах некоторых стран о несостоятельности такой порядок может устанавливаться общим положением, согласно которому затраты, понесенные после открытия производства, рассматриваются, как правило, в качестве первоочередного требования).

261. Подход, признающий эти виды оговорок о расторжении контракта, может подкрепляться рядом факторов, включая: желательность соблюдения

коммерческих договоренностей; необходимость воспрепятствовать такому порядку, при котором должник будет селективно исполнять выгодные контракты и расторгать другие (преимущество, которым контрагент не располагает); последствия отказа от исполнения положения об автоматическом расторжении контракта для взаимозачета по финансовому контракту; мнение, что, поскольку несостоятельное коммерческое предприятие, вероятнее всего, будет не в состоянии осуществить платежи, отсрочка расторжения контрактов может привести только к увеличению задолженности по сравнению с ее текущим объемом; необходимость, чтобы создатели интеллектуальной собственности имели возможность контролировать использование этой собственности; и последствия расторжения контракта, особенно связанного с нематериальными активами, для коммерческого предприятия контрагента.

262. Согласно другому подходу, оговорка, позволяющая расторгнуть контракт или сократить срок его исполнения в случае наступления определенного события неисполнения обязательств, например одного из перечисленных выше, отклоняется законодательством о несостоятельности и исполнение контракта может быть продолжено, несмотря на возражения контрагента. Прежде всего, будет приостановлено действие права контрагента на расторжение контракта, что даст управляющему в деле о несостоятельности время для оценки контракта и принятия решения о дальнейших действиях. Хотя подход, основанный на отклонении оговорок о расторжении контракта, можно считать противоречащим общим принципам договорного права, тем не менее, такое вмешательство имеет важнейшее значение для успеха производства. При реорганизации, когда, например, контракт может представлять собой жизненно важный договор аренды или быть связанным с использованием интеллектуальной собственности, воплощенной в основном товаре, продолжение исполнения контракта может способствовать повышению доходного потенциала коммерческого предприятия; ослабить рыночные позиции важнейшего поставщика; сохранить стоимость контрактов должника в интересах всех кредиторов и содействовать участию всех кредиторов в процессе реорганизации.

263. В случае ликвидации к числу аргументов в пользу порядка, позволяющего отклонять оговорки о прекращении действия договора, относятся: необходимость сохранения коммерческого предприятия как единого целого, с тем чтобы максимально увеличить его продажную стоимость или повысить его потенциальную доходность; необходимость сохранения стоимости контракта в интересах всех кредиторов вместо уступки ее контрагенту и желательность включения всех сторон в процесс окончательной ликвидации коммерческого предприятия.

264. Хотя законодательство некоторых стран о несостоятельности и позволяет в случае начала производства по делу о несостоятельности отклонять оговорки о расторжении договоров, эти положения еще не стали в законодательстве о несостоятельности общепринятыми. Между содействием выживанию должника, что может потребовать сохранения контрактов, и увеличением неопределенности и затрат на коммерческие операции в результате установления различных исключений из общих норм договорного права, неизбежно возникают противоречия. Очевидно, что решение этого вопроса может потребовать тщательной оценки преимуществ и недостатков, однако существуют и обстоятельства, когда способность управляющего в деле о несостоятельности обеспечить продолжение исполнения контрактов будет иметь принципиальное значение для успешной реорганизации, а также – хотя, возможно, и в меньшей мере – ликвидации в случае, если коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. По этим причинам желательно, чтобы законодательство о несостоятельности позволяло отклонять указанные оговорки. Любые негативные последствия осуществления принципа отклонения оговорок о расторжении договоров могут быть

компенсированы посредством выплаты возмещения кредиторам, которые смогут доказать, что они понесли ущерб или убытки из-за продолжения действия контракта после открытия производства по делу о несостоятельности, либо посредством установления исключений из общего правила отклонения оговорок об автоматическом расторжении контрактов применительно к определенным видам контрактов, таким как договоры займа денежных средств и в особенности финансовые контракты (см. главу II.H).

265. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорки о расторжении контракта могут отклоняться, у кредиторов может возникнуть искушение сыграть на опережение и предотвратить такой исход путем расторжения контракта по каким-либо иным основаниям до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (со ссылкой на иное неисполнение должником обязательств, нежели событие неисполнения обязательств, вызванное открытием производства). Таким попыткам можно противостоять, если предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности имеет полномочия на восстановление таких контрактов при условии исполнения обязательств, возникших как до, так и после открытия производства.

3. Продолжение исполнения контрактов или отказ от их исполнения

a) Порядок продолжения исполнения контрактов или отказ от их исполнения

266. В законодательстве разных стран о несостоятельности приняты различные подходы к вопросу о продолжении исполнения контрактов и отказе от их исполнения. Согласно некоторым законам, открытие производства по делу о несостоятельности не затрагивает действия контрактов, и, таким образом, договорные обязательства сохраняют свою обязательную силу и продолжают применяться общие нормы договорного права, если только в законодательстве о несостоятельности прямо не предусмотрены иные правила, например прямо оговоренное право отклонять оговорки об автоматическом расторжении контракта (см. выше) или отказываться от исполнения контракта.

267. Другие законы увязывают продолжение исполнения контракта и отказ от его исполнения в общую процедуру, согласно которой от управляющего в деле о несостоятельности требуется предпринимать определенные действия в отношении контракта, например направить уведомление контрагенту о том, что исполнение контракта продолжается (а в некоторых случаях – что контракт включается в имущественную массу в деле о несостоятельности) или прекращается. Согласно законам, основанным на таком подходе, на право контрагента на расторжение контракта накладывается мораторий, что дает управляющему в деле о несостоятельности время для принятия решения о дальнейших шагах в отношении контракта (см. главу II.B). Один из недостатков подхода, согласно которому от управляющего в деле о несостоятельности требуется предпринимать конкретные действия в отношении всех контрактов, заключается в том, что на практике может возникнуть множество случаев, когда в отношении контракта нельзя принять никакого решения, поскольку контракт не может быть исполнен. Кроме того, осуществление требования сделать однозначный выбор по каждому контракту может оказаться чрезмерно затратным и обременительным. С этим подходом связана и еще одна сложность, заключающаяся в том, насколько хорошо управляющий в деле о несостоятельности информирован обо всех договорах, стороной которых выступает должник, и, соответственно, в состоянии ли управляющий принимать меры в отношении каждого такого договора. Следовательно, важное значение приобретает трактовка законодательством контрактов, о которых управляющий в деле о несостоятельности не осведомлен, особенно в части норм, действующих по умолчанию.

i) Установление сроков принятия мер

268. Некоторые законы требуют не просто предпринимать конкретные действия, но и делать это в установленные сроки (при этом в определенных обстоятельствах может допускаться продление этих сроков). При реорганизации обычно устанавливается более длительный срок, чем при ликвидации. В имеющихся примерах из законодательной практики эти сроки варьируются от 28 до 60 дней. Законодательство других стран предусматривает установление такого срока в судебном порядке. Цель такого подхода – обеспечение определенности для обеих сторон. От управляющего в деле о несостоятельности требуется принятие своевременных мер в отношении контрактов, не исполненных к моменту открытия производства по делу, а контрагенту обеспечивается известная определенность в отношении продолжения исполнения контракта в течение разумного срока после открытия производства по делу.

ii) Нормы, действующие по умолчанию

269. В ряде законов содержится норма, действующая по умолчанию, смысл которой состоит в том, что в случае непринятия управляющим в деле о несостоятельности решения в течение оговоренного срока контракт считается, например, расторгнутым или не могущим быть принудительно осуществленным в исковом порядке. При наличии нормы, действующей по умолчанию, возможно проведение различий между ликвидацией и реорганизацией, равно как и между теми контрактами, о которых управляющий в деле о несостоятельности осведомлен, и теми, о которых он не осведомлен. В случае ликвидации – поскольку можно обоснованно предполагать, что непринятие управляющим в деле о несостоятельности решения в отношении контракта будет, по всей вероятности, означать решение об отказе от его исполнения – отказ от исполнения контракта мог бы наступать автоматически, если не будут приняты меры к его сохранению. Такой результат соответствовал бы цели ликвидации, если она состоит в поэтапной распродаже активов.

270. При реорганизации или продаже коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы аналогичное решение может иногда оказаться нецелесообразным, так что может потребоваться больше гибкости, чтобы избежать такой ситуации, когда непринятие своевременного решения лишает имущественную массу контракта, который может иметь ключевое значение для производства по делу. Следовательно, возможно, целесообразно разрешить управляющему в деле о несостоятельности принимать решения относительно отказа от исполнения контрактов до момента утверждения плана реорганизации при условии, что любые выгоды, полученные по контракту, оплачиваются вплоть до времени расторжения контракта в качестве административных расходов и что у контрагента имеется право на принудительное исполнение ранее принятого решения, если это будет необходимо или желательно. Желательно, чтобы режим в отношении конкретных контрактов был четко прописан в плане, причем, возможно, целесообразно принять положение о том, что контракты, режим которых не урегулирован таким образом, должны считаться автоматически расторгнутыми по утверждении плана.

iii) Право контрагента требовать принятия решения

271. Законодательства некоторых стран предусматривают безусловное право контрагента обращаться к управляющему в деле о несостоятельности с просьбой о принятии решения по конкретному контракту в течение определенного срока. Такое правило может применяться даже в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности устанавливает предельный срок для принятия решения управляющим в деле о несостоятельности, так как это даст контрагенту

возможность добиваться принятия решения, не дожидаясь истечения предельного срока. Это может иметь особое значение в случае, если данный контракт предусматривает оказание постоянной услуги и бездействие управляющего в деле о несостоятельности может привести к наращиванию неоправданных расходов (например, арендная плата за арендуемое должником имущество может составить существенную долю административных расходов, если арендные отношения не будут оперативно прекращены) или прекращению предоставления необходимых услуг (когда управляющий в деле о несостоятельности должен оперативно решить вопрос о продолжении действия контракта). На случай, если в течение оговоренного срока управляющий в деле о несостоятельности не принял решения, законодательство о несостоятельности может предусматривать либо право контрагента обратиться в суд с требованием о принятии решения, либо применение нормы, действующей по умолчанию, в соответствии с которой исполнение контракта считается либо прекращенным, либо продолжающимся.

iv) Продолжение исполнения контракта в целом

272. Какие бы нормы ни принимались по вопросам продолжения действия контрактов и их расторжения, желательно предусмотреть, чтобы права управляющего в деле о несостоятельности ограничивались принятием решения в отношении контракта в целом, с тем чтобы избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности может по своему усмотрению продолжать исполнение одних частей контракта или подтверждать их и прекращать исполнение других.

v) Контракты, о которых осведомлен управляющий в деле о несостоятельности

273. Желательно также, чтобы полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении контрактов ограничивались теми контрактами, которые известны ему или суду (если законодательство о несостоятельности предусматривает принятие решений в отношении контрактов в судебном порядке). Без такого ограничения последствия непринятия решения в отношении контракта, о существовании которого неизвестно управляющему в деле о несостоятельности, могут привести к предъявлению исков о возмещении убытков и возможной профессиональной ответственности. В случае, если управляющий в деле о несостоятельности не осведомлен о конкретном контракте, представляется нежелательным применение к такому контракту нормы закона, действующей по умолчанию и приводящей к продолжению исполнения контракта либо его расторжению, прежде чем управляющий в деле о несостоятельности успеет оценить контракт. Одно из решений данной проблемы (в пределах соблюдения предлагаемой нормы должником) могло бы состоять во включении в законодательство требования к должнику о предоставлении управляющему в деле о несостоятельности списка не полностью исполненных контрактов [см. главу III.A.4b)].

b) Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении

274. В тех случаях, когда законодательство позволяет управляющему в деле о несостоятельности прекращать действие контракта, желательно установить срок вступления в силу решения о прекращении его действия. Оно может вступать в силу либо с момента его принятия, либо ретроактивно. Один из вариантов – принятие решения о прекращении действия контракта ретроактивно, с тем чтобы после его принятия не возникало никаких обязательств по контракту, за исключением обязательств в отношении товаров или услуг, поставленных в счет имущественной массы после принятия решения по контракту.

275. В тех случаях, когда законодательством предусмотрено принятие управляющим в деле о несостоятельности решения об исполнении или отказе от исполнения контракта, желательно, чтобы указанная норма содержала также требование об уведомлении контрагента (контрагентов) о таком решении. В такое уведомление следует включать сведения об имеющихся у контрагента правах, в том числе о праве оспорить решение управляющего в деле о несостоятельности относительно данного контракта и праве предъявить требование в данном деле о несостоятельности (в связи с неисполнением обязательств, имевшим место до открытия производства, либо исходя из решения, принятого по данному контракту), а также о соответствующих формальностях.

c) Продолжение исполнения контрактов в случае их невыполнения должником

276. В тех случаях, когда в момент подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности неисполнившей стороной по контракту является должник, принципиальный вопрос заключается в том, справедливо ли в сложившихся обстоятельствах требовать от контрагента продолжения деловых отношений с несостоятельным должником. Согласно законодательствам некоторых стран о несостоятельности, в качестве условия продолжения исполнения контракта в оставшийся срок его действия требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности устранил любые нарушения контракта должником (т. е. обеспечил возвращение экономического положения контрагента к состоянию, имевшему место до неисполнения обязательств) и гарантировал дальнейшее исполнение контракта путем представления, например, гарантийных обязательств или гарантий. Согласно законодательствам других стран о несостоятельности, устранять предыдущие нарушения обязательств не требуется, но могут налагаться ограничения относительно обстоятельств, при которых возможно продолжение исполнения контракта, например, в случае контрактов, которые можно разделить на отдельные части, таких как контракты на оказание коммунальных услуг, расчет за которые производится помесячно. В законодательстве о несостоятельности часто содержится прямое разрешение на продолжение исполнения таких контрактов на оказание основных услуг, в число которых могут входить телефонная связь, электро-, газо- и водоснабжение, вывоз бытовых отходов. В определенной мере, особенно в случае подачи заявления о возбуждении производства кредитором, оправданно сохранение доступа должника к этим услугам, не обусловленное требованием устранить последствия неисполнения им обязательств, и продолжение предоставления ему услуг при условии исполнения им своих обязательств после начала производства по делу. От управляющего в деле о несостоятельности могут потребоваться гарантии дальнейшего исполнения контракта, а в некоторых случаях – и принятие на себя личной ответственности в случае неисполнения контракта в будущем.

d) Последствия продолжения исполнения контракта либо отказа от его исполнения для контрагента

i) Продолжение исполнения контракта

277. В случаях, когда исполнение контракта продолжается после возбуждения производства по делу о несостоятельности в ожидании решения о дальнейшем режиме этого контракта, желательно, чтобы исполнение контракта после возбуждения производства по делу оплачивалось за счет имущественной массы, особенно в том случае, если в конечном итоге принимается решение об отказе от исполнения контракта. Смысл такого подхода заключается в том, что продолжение исполнения контракта после возбуждения производства по делу либо продолжение пользования активом, принадлежащим третьему лицу, справедливо считать выгодным для имущественной массы; в противном случае

управляющий в деле о несостоятельности уже отказался бы от исполнения контракта.

278. Кроме того, возможно, было бы желательно (хотя это и не слишком характерно для законодательства о несостоятельности) решить вопрос об обязательствах контрагента в период между открытием производства по делу и принятием решения о режиме конкретного контракта (в случаях, когда такое решение необходимо), в особенности требуется ли от контрагента начать или продолжить его исполнение. При таком подходе были бы соблюдены интересы всех заинтересованных сторон в части определенности и предсказуемости.

279. В соответствии с законами, требующими от управляющего в деле о несостоятельности конкретного действия, контракты, исполнение которых управляющий в деле о несостоятельности решает продолжать после открытия производства по делу, рассматриваются как действующие после открытия производства по делу обязательства должника, которые должны быть исполнены и имущественной массой, и контрагентом. Требования, возникающие в связи с исполнением этих контрактов, рассматриваются в ряде законодательств о несостоятельности как административные расходы (см. главу V.A), а не как необеспеченные требования, и им предоставляется приоритет при распределении. Поскольку предоставление такого приоритета представляет собой потенциальный риск для других кредиторов (выплаты которым будут произведены после выплат кредиторам, обладающим приоритетом), в случае принятия такого подхода желательно, чтобы после открытия производства по делу о несостоятельности продолжалось исполнение только тех контрактов, которые будут прибыльными и принципиально важными для продолжения операций должника. В тех юридических системах, где применяются общие нормы договорного права и от управляющего в деле о несостоятельности не требуется принятия решения о продолжении исполнения контрактов, законодательство о несостоятельности может не предусматривать никакого приоритета для таких требований и ставить их в один ряд с другими необеспеченными требованиями.

280. Поскольку продолжение действия договора со стороной, в отношении которой открыто производство по делу о несостоятельности, может представлять для контрагента определенный риск, который не возник бы в ином случае (например, риск неплатежа), может оказаться уместным рассмотреть возможность включения в законодательство о несостоятельности определенных способов защиты интересов контрагента. Для этого понадобится оценить ряд факторов, в том числе важность контракта для производства; влияние необходимых защитных мер на расходы на производство по делу, реальную способность должника или имущественной массы исполнить сохраняющиеся обязательства по контракту; а также влияние принуждения контрагента к принятию на себя риска неплатежа на практику заключения коммерческих соглашений. Например, если условия контракта предусматривают предоставление поставщиком должнику отсрочки платежа на определенный период времени либо оплату после поставки, это может повлечь за собой существенные расходы для поставщика и нанести ему ущерб, если к моменту платежа или поставки товара управляющий в деле о несостоятельности окажется более не в состоянии производить платежи. Законодательство ряда стран решает этот вопрос, предписывая управляющему в деле о несостоятельности предоставить контрагенту гарантии оплаты или исполнения контракта, например, посредством банковской гарантии или аккредитива. Законодательство других стран возлагает на управляющего в деле о несостоятельности личную ответственность за исполнение условий контракта; такой подход может помешать продолжению исполнения контрактов, связанных с определенным риском неисполнения обязательств, и, таким образом, повлиять на процесс реорганизации. Личная ответственность может оказаться особенно

обременительной, если речь идет о таких договорах, как трудовые соглашения. Есть еще один подход, согласно которому риск неплатежа возлагается на контрагента под тем предлогом, что это – разновидность обычного коммерческого риска. Определенную защиту контрагенту может обеспечить предоставление административного приоритета требованиям и выплатам, связанным с исполнением ранее заключенных и не расторгнутых после открытия производства контрактов, хотя в случае, если объем активов, предназначенных для расчета по этим платежам, ограничен, пределы такой защиты тоже могут оказаться ограниченными.

ii) Отказ от исполнения контракта

281. В случае отказа от исполнения контракта контрагент, как правило, освобождается от обязательств по исполнению оставшейся части контракта, и единственным принципиальным вопросом, который необходимо разрешить, является вопрос о доступных контрагенту средствах правовой защиты. В законодательстве многих стран установлено, что в порядке правовой защиты контрагент вправе рассчитывать только на возмещение убытков, невзирая на наличие иных средств правовой защиты за пределами производства по делу о несостоятельности. Одна из причин, по которым был принят такой подход, заключается в том, что предоставление иных средств правовой защиты – например, таких как поставка товаров, произведенных, но не поставленных до возбуждения производства по делу о несостоятельности – равносильно удовлетворению требования контрагента в полном объеме, т. е. достижению результата, на который не могут рассчитывать другие необеспеченные кредиторы и который представляет собой нарушение принципа равного режима. Вместе с тем законодательство некоторых стран допускает такую защиту права в форме поставки товаров, а законодательство других стран – исполнение условий договора, если речь идет о договоре продажи земли.

282. В случаях, когда средством защиты прав является возмещение убытков, расчет необеспеченных убытков, понесенных в результате отказа от исполнения контракта, может быть произведен в соответствии с применимым законодательством общего характера, и контрагент становится необеспеченным кредитором, обладающим требованием в установленном размере. Помимо убытков, понесенных в результате отказа от исполнения контракта, контрагент может предъявить требование в связи с исполнением контракта в период, предшествовавший отказу от исполнения (которое может рассматриваться как административное требование)[59].

e) Внесение поправок в контракты, исполнение которых продолжается

283. Еще один вопрос, который необходимо рассмотреть применительно к контрактам, исполнение которых продолжается, касается обстоятельств, при которых управляющий в деле о несостоятельности может изменять условия таких контрактов. Как указано выше, условия контракта необходимо соблюдать, а общий принцип заключается в том, что управляющий в деле о несостоятельности имеет не больше прав в отношении внесения поправок в контракт, чем при обычных обстоятельствах имел бы согласно данному контракту сам должник. Как правило, от управляющего в деле о несостоятельности требуется обсуждать любую поправку с контрагентом, и внесение какого бы то ни было изменения без согласия другой стороны будет являться нарушением контракта, за которое контрагент может потребовать возмещения убытков.

[59] О ранжировании требований см. главу V.C.

4. Договоры аренды земли и помещений

284. В законодательствах некоторых стран о несостоятельности предусматриваются специальные положения о договорах аренды земли и помещений, срок которых не истек; при этом проводится различие между наймом жилья и арендой служебных помещений. В частности, аренда служебных помещений зачастую имеет особое значение при реорганизации. Например, аренда по цене ниже рыночной представляет собой актив, который может быть реализован с выгодой для имущественной массы. Возможность избежать невыгодной аренды служебных помещений может оказаться преимуществом в случае, когда в интересах успешной реорганизации должнику необходимо уменьшить размер своего коммерческого предприятия.

285. В соответствии с некоторыми законами договор аренды, в котором должник является арендатором, может быть расторгнут без ссылки на дату окончания при условии соблюдения сроков уведомления в соответствии с законом или договором аренды. Отказ от исполнения может повлечь за собой требование со стороны арендодателя о возмещении за преждевременное прекращение аренды. Если должник является арендатором и срок аренды не истек, может быть целесообразным предъявление предприятию, в отношении которого ведется производство по делу о несостоятельности, определенных условий, например, о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен устранить любое нарушение договора, выплатить компенсацию за любой ущерб, понесенный в результате такого нарушения, и предоставить гарантии дальнейшего выполнения условий договора аренды. Кроме того, может быть желательным и установление верхнего предела убытков, заявленных арендодателем (который может быть выражен в виде денежной суммы или оговоренного срока, в отношении которого убытки могут подлежать оплате), с тем чтобы требование по долгосрочной аренде не приобретало преимущества по отношению к требованиям других кредиторов. Как правило, арендодатели получают возможность смягчить последствия потерь, снова сдав собственность в аренду.

5. Уступка

286. Наличие у управляющего в деле о несостоятельности возможности уступить контракт без учета содержащихся в нем условий расторжения в случае наступления несостоятельности или ограничений на передачу может оказать весьма благоприятное воздействие на имущественную массу и, следовательно, на бенефициаров распределения поступлений после ликвидации или в рамках реорганизации. Могут возникать такие обстоятельства (например, цена, предусмотренная контрактом, ниже рыночной), в которых отказ от исполнения контракта может привести к неожиданному увеличению дохода контрагента. Если контракт можно уступить, то разница между ценой контракта и рыночной ценой может быть направлена не контрагенту, а в имущественную массу.

287. Вместе с тем обеспечение возможности уступать контракт по условиям контракта может подорвать договорные права контрагента и вызвать вопросы о причинении ущерба, особенно в тех случаях, когда контрагент практически не может повлиять на выбор цессионария. Нежелательной может быть и принудительная передача контракта лицу, которое может быть неизвестно контрагенту или с которым контрагент может не желать поддерживать коммерческие отношения. Для решения вопроса об уступке контрактов используются различные подходы. В законодательствах некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает оговорки о недопустимости уступки ничтожными. Согласно другим законодательствам о несостоятельности, этот вопрос относится к общему договорному праву; если в контракте содержится оговорка о недопустимости уступки, то контракт нельзя уступать без согласия контрагента

или всех сторон первоначального контракта. В некоторых из этих законодательств также предусматривается, что, если контрагент не соглашается на уступку, то ее может утвердить суд при соблюдении определенных условий, например, если можно доказать, что контрагент отказывает в согласии на уступку без достаточных оснований или если управляющий в деле о несостоятельности может доказать контрагенту, что цессионарий способен должным образом исполнить контракт. В этом случае управляющий в деле о несостоятельности получает право уступить контракт в интересах имущественной массы[60].

288. В случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает уступку контрактов, было бы также весьма желательно потребовать от должника устранения любых нарушений обязательств до уступки контракта. Это способствовало бы успешному и беспрепятственному замещению цессионарием должника в качестве стороны контракта.

289. Независимо от полномочий управляющего в деле о несостоятельности на уступку контрактов некоторые контракты нельзя уступать, поскольку они требуют предоставления незаменимых личных услуг или поскольку уступка запрещена в силу закона. Например, в некоторых странах запрещается уступка контрактов на государственные закупки.

6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов

290. Как правило, существуют две категории исключений из полномочий управляющего в деле о несостоятельности определять режим контрактов. Во-первых, если управляющий в деле о несостоятельности наделен полномочиями отклонять положения об автоматическом прекращении контрактов, желательно предусмотреть конкретные исключения для таких контрактов, как краткосрочные финансовые контракты (например, свопы и фьючерсные контракты, см. главу II.H). К этой же категории могут относиться договоры страхования и договоры займа. Может оказаться уместным и ограничение полномочий на отказ от исполнения таких договоров, как трудовые договоры и соглашения, в которых должник выступает арендодателем или лицензиаром по договору франшизы или договору о лицензировании использования объекта интеллектуальной собственности и прекращение действия соглашения приведет к закрытию коммерческого предприятия контрагента или вызовет серьезные последствия для коммерческих операций, особенно когда преимущества для должника будут сравнительно невелики. Ограничения полномочий могут иметь место и применительно к договорам с государственными органами, таким как лицензионные соглашения и контракты на государственные закупки.

a) Трудовые договоры

291. Как уже отмечалось выше, одно из важнейших исключений из полномочий, рассматриваемых в данном разделе, относится к трудовым договорам. Хотя этот вид договоров имеет особое значение для реорганизации, он также важен и при ликвидационном производстве, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается продать коммерческое предприятие должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если управляющему в деле о несостоятельности удалось расторгнуть обременительные трудовые договоры или добиться необходимого сокращения используемой должником рабочей силы, то за предприятие можно получить более высокую цену. В то же время в связи с отношениями между работниками и нанимателями возникают некоторые из

[60] Этот подход соответствует, например, подходу, использованному в статье 9 Конвенции ЮНСИТРАЛ 2001 года об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

наиболее сложных вопросов в области законодательства о несостоятельности. Положение работников защищается не только самим договором, который, по сути, является таким же неисполненным контрактом, как и любой другой, но и положениями других законов, которые, как правило, являются императивными. Эти положения могут касаться, например, несправедливого увольнения, минимальных ставок заработной платы, оплачиваемого отпуска, предельной продолжительности рабочего времени, отпуска по беременности и родам, равного обращения и недопущения дискриминации. Как правило, наибольшие затруднения вызывает степень воздействия этих положений на производство по делу о несостоятельности, поскольку при этом возникают вопросы, выходящие далеко за рамки расторжения договоров и очередности денежных требований в отношении невыплаченной заработной платы и пособий (см. главы V.A и V.C). По этим причинам в ряде стран установлены специальные режимы, которые регулируют защиту требований работников при несостоятельности. А с целью не допустить использования процедур несостоятельности в качестве средства устранения защиты работников эти законы прямо ограничивают право управляющего в деле о несостоятельности на расторжение трудовых договоров. Такой подход может включать ограничение использования полномочий некоторыми прямо оговоренными обстоятельствами, например, случаями, когда вознаграждение работника является чрезмерным по сравнению с тем, которое получал бы за ту же работу средний работник. В некоторых странах законодательство предусматривает сохранение работников на предприятии в случае его продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы как при ликвидации, так и при реорганизации, а в других – только при реорганизации.

b) Договоры об оказании незаменимых и личных услуг

292. Еще одну категорию составляют контракты, действие которых, независимо от закрепленного в законодательстве о несостоятельности подхода к положениям об автоматическом прекращении действия контрактов, не может быть продолжено, поскольку они предусматривают оказание должником или служащим должника незаменимых личных услуг (например, контракт может касаться конкретного объекта интеллектуальной собственности, услуг, предусматривающих соглашение о партнерстве, предоставления услуг лицом, обладающим узкоспециализированными навыками, или конкретным лицом, обладающим особым дарованием).

293. Для повышения прозрачности режима несостоятельности желательно, чтобы ограничения полномочий управляющего в деле о несостоятельности по решению вопросов, связанных с рассмотренными в настоящем разделе категориями договоров, были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности.

7. Контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности

294. Помимо не полностью исполненных контрактов, еще одну категорию контрактов при несостоятельности составляют контракты, подписанные после открытия производства по делу. В случае реорганизации и когда предприятие подлежит продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, часто будет возникать необходимость в заключении контрактов (как в ходе обычной коммерческой деятельности, так и в иных случаях) для того, чтобы поддерживать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы и дать ему возможность продолжать приносить доход – в конечном счете, в интересах кредиторов. Эти контракты, как правило, рассматриваются как обязательства со стороны имущественной массы, принятые после открытия производства по делу о несостоятельности, и затраты и расходы, связанные с их

исполнением, оплачиваются в полном объеме в качестве расходов по управлению имущественной массой (см. главу V.C).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цель положений, касающихся режима в отношении контрактов, заключается в следующем:

a) установить порядок законодательного регулирования вопросов о контрактах, по которым ни должник, ни его контрагент не исполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства, включая регулирование отношений между законодательством и применимым общим договорным правом, с целью максимизации стоимости и сокращения обязательств имущественной массы;

b) определить объем полномочий по принятию решений относительно таких контрактов и ситуаций, в которых эти полномочия могут осуществляться и кем они могут осуществляться;

c) определить виды контрактов, которые должны быть исключены из сферы действия таких полномочий;

d) определить способы защиты интересов, которыми будут располагать контрагенты по контрактам, действие которых продолжается.

Содержание законодательных положений

55) В законодательстве следует определить режим в отношении контрактов, по которым ни должник, ни его контрагент еще не выполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства.

Оговорки об автоматическом расторжении контракта

56) В законодательстве следует установить, что с открытием производства по делу о несостоятельности становится невозможным принудительное исполнение в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника любого положения контракта, автоматически прекращающего его действие при наступлении нижеследующих событий:

a) заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открытие такого производства;

b) назначение управляющего в деле о несостоятельности[61].

57) В законодательстве следует указать виды договоров, не подпадающие под действие рекомендации 56, например финансовые контракты, и регулируемые особыми правилами, например трудовые договоры.

Продолжение или отказ от исполнения контракта

58) В законодательстве следует установить, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение продолжить исполнение контракта, о существовании которого он осведомлен, если продолжение исполнения будет выгодным для имущественной массы[62]. В законодательстве следует установить,

[61] Эта рекомендация будет применяться только к тем контрактам, в которых такие оговорки могут отклоняться (см. комментарии относительно исключений в главе II.E.6), и разработана не как исключительное, а как минимальное условие: следует предоставить суду возможность рассмотреть другие положения контрактов, способные привести к прекращению действия контракта при наступлении аналогичных событий.

[62] При условии, что автоматический мораторий на открытие производства по делу о несостоятельности применяется для того, чтобы не допустить расторжения (во исполнение оговорки об автоматическом расторжении), все контракты, срок действия которых не истекает

что право продолжения действия применяется к контракту в целом и что продолжение действия контракта означает обязательность исполнения всех его положений.

59) Законодательство может предоставлять управляющему в деле о несостоятельности право отказаться от исполнения контракта[63]. В законодательстве следует установить, что право отказа от исполнения контракта применяется к контракту в целом.

Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении

60) В законодательстве следует установить срок, в течение которого управляющий в деле о несостоятельности должен принять решение о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения, причем этот срок может быть продлен судом.

61) В законодательстве следует установить срок вступления в силу отказа от исполнения контракта.

62) В законодательстве следует установить, что в случае продолжения исполнения контракта или отказа от его исполнения контрагенту должно быть направлено уведомление о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения и о его правах в части предъявления требования (в частности, о сроках предъявления требования), а также предоставлена возможность опротестовать указанное решение [в суде].

Право контрагента требовать принятия решения

63) Невзирая на рекомендацию 60, законодательство должно позволять контрагенту просить управляющего в деле о несостоятельности (в пределах какого-либо конкретного срока) принять незамедлительные меры для вынесения решения в отношении контракта, а в случае непринятия управляющим в деле о несостоятельности указанных мер просить суд предписать управляющему в деле о несостоятельности принять решение о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения.

Последствия непринятия решения

64) В законодательстве следует определить последствия непринятия управляющим в деле о несостоятельности в установленный срок решения по контрактам, о существовании которых он осведомлен. Непринятие управляющим в деле о несостоятельности мер в установленный срок не должно приводить к продолжению действия контракта, о существовании которого управляющий в деле о несостоятельности не был осведомлен[64].

Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения со стороны должника

65) a) В законодательстве следует установить, что в случаях нарушения должником условий контракта управляющий в деле о несостоятельности вправе продолжить исполнение этого контракта при условии, что нарушение контракта устранено, экономическое положение стороны, не нарушившей контракт, в основном, приведено в состояние, имевшее место до нарушения, а

сразу после открытия производства по делу о несостоятельности, должны оставаться в силе, чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог рассмотреть возможность продолжить их исполнение.

[63] Альтернативой предоставления права отказываться от исполнения контракта является практикуемый в ряде юридических систем подход, в соответствии с которым исполнение контракта попросту прекращается, если только управляющий в деле о несостоятельности не примет решения о продолжении его исполнения.

[64] См. главу III.A.4b), касающуюся обязанности должника предоставлять информацию, в том числе перечень не полностью исполненных контрактов.

имущественная масса в состоянии выполнить обязательства по контракту, исполнение которого продолжается.

b) В законодательстве следует установить, что в случаях нарушения должником условий контракта на оказание основных услуг[65] следует обеспечить продолжение предоставления этих услуг должнику, не требуя устранить нарушение, при условии, что имущественная масса в состоянии выполнить обязательства по контракту, исполнение которого продолжается.

Требования, связанные с контрактами, исполнение которых продолжается либо прекращено

66) В законодательстве следует установить, что в случаях принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки от последующего нарушения контракта подлежат оплате в качестве административных расходов.

67) В законодательстве следует установить, что в период после открытия производства по делу о несостоятельности и до отказа от исполнения контракта:

a) если контрагент осуществляет исполнение контракта к выгоде имущественной массы, выгоды, полученные имущественной массой в соответствии с условиями контракта, подлежат оплате в качестве административных расходов[66];

b) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, являющиеся собственностью третьей стороны и переданные в пользование должнику в соответствии с условиями контракта, упомянутой третьей стороне следует обеспечить защиту от обесценения этих активов, а к выгодам, полученным имущественной массой за счет использования этих активов, следует применять режим, описанный в пункте a).

68) В законодательстве следует установить, что размер убытков, причиненных отказом от исполнения контракта, заключенного до открытия производства, будет определяться в соответствии с применимым законодательством общего характера; таким убыткам следует предоставить статус обыкновенного необеспеченного требования. Требования в отношении отказа от исполнения долгосрочного контракта могут ограничиваться по закону.

Уступка контрактов

69) В законодательстве может быть предусмотрено, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение об уступке контракта, несмотря на содержащиеся в нем ограничения, при условии, что уступка будет выгодной для имущественной массы.

70) На случай, если контрагент возражает против уступки контракта, законодательство, тем не менее, может предоставить суду право утвердить уступку при условии, что:

a) управляющий в деле о несостоятельности решил продолжить исполнение контракта;

b) цессионарий способен исполнить обязательства по уступленному контракту;

c) уступка, в сущности, не ставит контрагента в невыгодное положение.

71) В законодательстве может быть установлено, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве стороны контракта, начиная с даты уступки.

---

[65] В число основных услуг могут входить телефонная связь, электро-, газо- и водоснабжение, вывоз бытовых отходов. См. главу II.E.3(c).

[66] См. главу V.C.

Контракты, заключенные после открытия производства по делу

72) В законодательстве следует установить, что контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности, представляют собой обязательства имущественной массы, наступившие после открытия производства. Требования, возникающие в связи с этими контрактами, подлежат оплате в качестве административных расходов.

F. Процедура расторжения сделок

1. Введение

295. Производство по делу о несостоятельности (как ликвидационное, так и реорганизационное) может быть открыто по истечении продолжительного срока после того, как для должника впервые станет очевидной неизбежность такого результата. В течение этого промежуточного периода должник может располагать значительными возможностями для того, чтобы попытаться скрыть свои активы от кредиторов, взять на себя искусственные обязательства, пожертвовать средства либо передать их в дар родственникам и друзьям, либо произвести платежи одним кредиторам в ущерб другим. В то же время кредиторы могут обладать значительными возможностями для принятия стратегических мер, с тем чтобы оказаться в выигрышном положении. С точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности в результате таких действий в невыгодном положении, как правило, оказываются обычные необеспеченные кредиторы, которые в этих действиях участия не принимали и не пользуются защитой в виде обеспечения.

296. В настоящем разделе под термином "сделка", как правило, понимается широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или приобретение обязательств, включая передачу, платеж, обеспечительный интерес, гарантию, ссуду, возврат либо совокупность различных видов таких сделок.

297. В законодательстве многих стран о несостоятельности содержатся положения, действующие ретроактивно с определенного момента в прошлом (например, момента подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или момента открытия такого производства) в течение установленного периода (зачастую именуемого подозрительным периодом). Они направлены на расторжение ранее совершенных сделок, стороной которых являлся неплатежеспособный должник, или сделок с имуществом должника, если такие сделки повлекли за собой определенные последствия. Такие последствия включают сокращение общей стоимости активов должника (например, если активы передаются в дар, уступаются или продаются дешевле их справедливой рыночной стоимости) или нарушение принципа равного распределения выплат между кредиторами одной и той же очереди (например, в результате выплаты долга определенному необеспеченному кредитору или предоставления обеспечения кредитору, который в ином случае оставался бы необеспеченным, при том, что другим необеспеченным кредиторам выплат не производится и они по-прежнему являются необеспеченными). Законодательство, не касающееся несостоятельности, также во многих случаях трактует такого рода сделки как наносящие ущерб кредиторам вне контекста несостоятельности. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может в дополнение к положениям законодательства о несостоятельности использовать и упомянутые выше законы, не касающиеся несостоятельности.

298. Общепринятый принцип законодательства о несостоятельности состоит в том, что с точки зрения максимального наращивания объема доступных

кредиторам активов коллективные действия кредиторов эффективнее порядка, основанного на праве каждого кредитора самостоятельно добиваться возмещения, и что коллективные действия предполагают предоставление равного режима кредиторам, обладающим равными правами. Положения о полномочиях на расторжение сделок разработаны именно для того, чтобы поддержать эти коллективные цели, обеспечить получение кредиторами справедливой доли активов несостоятельного должника, распределяемых в соответствии с установленной очередностью платежей, и сохранить целостность имущественной массы. Кроме того, положения о расторжении сделок могут оказывать сдерживающее воздействие, если кредиторам известно, что с открытием производства по делу о несостоятельности их действия, направленные на получение возмещения в индивидуальном порядке в период, предшествовавший открытию производства по этому делу, могут быть отменены, а их результаты объявлены ничтожными, это удерживает кредиторов от подобных шагов. По этим причинам при несостоятельности, как правило, предусматривается возможность расторжения сделок для предупреждения мошенничества (например, сделки, направленные на сокрытие активов в целях последующего использования в интересах должника или должностных лиц, собственников или директоров предприятия должника); для содействия обеспечению прав кредиторов в целом; для обеспечения равного режима для всех кредиторов путем предупреждения фаворитизма, когда должник стремится предоставить преимущества некоторым кредиторам за счет остальных; для предупреждения внезапного сокращения стоимости активов коммерческого предприятия непосредственно до введения надзора в рамках производства по делу о несостоятельности и в некоторых странах для создания возможности внесудебного урегулирования: кредиторам будет известно, что совершенные в последний момент сделки или изъятия активов могут быть аннулированы, и в силу этого они будут готовы работать совместно с должниками для выработки приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

299. Независимо от обоснования необходимости положений о расторжении сделок, важно иметь в виду тот факт, что действие этих положений может распространяться на многие сделки, которые являлись бы вполне естественными и приемлемыми вне контекста несостоятельности, но которые становятся подозрительными, только если они заключаются в непосредственной временной близости от момента открытия производства по делу о несостоятельности. Полномочия на расторжение сделок не направлены на то, чтобы заменить или иным образом воздействовать на другие средства защиты интересов кредиторов, доступные в соответствии с общими нормами гражданского или торгового права.

300. Нормы, регулирующие расторжение сделок, активно обсуждаются, особенно с точки зрения их практической эффективности и в некоторой степени условных правил, необходимых для определения, например, соответствующих сроков и характера сделок, которые могут расторгаться. Тем не менее положения о расторжении сделок могут играть важную роль в законодательстве о несостоятельности не только в силу обоснованности доктрины, на которую они опираются, но и потому, что такие положения могут обеспечить возврат активов или их стоимости в интересах кредиторов в целом, и потому, что положения такого рода способствуют созданию кодекса справедливого коммерческого поведения, являющегося частью стандартов надлежащего управления коммерческими предприятиями. Следует отметить, что в контексте международных отношений у юрисдикций, в которых законодательство о несостоятельности не предусматривает возможности расторжения определенных видов сделок, могут возникнуть трудности с признанием производства и сотрудничеством с судами и специалистами по делам о несостоятельности в юрисдикциях, в которых законодательство допускает расторжение этих видов сделок.

301. Как и в случае с рядом других ключевых положений законодательства о несостоятельности, при разработке положений о расторжении сделок необходимо в равной степени учесть несовпадающие общественные выгоды, такие как, с одной стороны, потребность в широких полномочиях для максимизации стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, а с другой – предсказуемость и определенность договоров, которая может быть поставлена под вопрос. Может также понадобиться сбалансировать легко доказываемые критерии расторжения, применение которых приведет к расторжению большого количества сделок, и более узкие критерии расторжения, которые сложнее доказать и которые ограничивают количество успешно расторгаемых сделок. В целях минимизации возможности отрицательного воздействия полномочий по расторжению сделок на предсказуемость и определенность договоров желательно разработать как можно более четкие критерии определения категорий сделок, которые могут быть расторгнуты (независимо от того, будет ли это определение "широким" или "узким"), и осуществления полномочий по расторжению сделок, что позволит установить степень делового и коммерческого риска.

302. Для принятия решения относительно необходимости открытия производства по делу о расторжении сделок требуется взвесить ряд различных соображений, относящихся в основном к затратам и вероятной выгоде. В случае проведения мероприятий по восстановлению стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности необходимо определить, принесет ли расторжение сделки выгоду или ущерб для имущественной массы (к примеру, если предъявление иска о расторжении сделки может нарушить предложения о реорганизации, в особенности когда иск предъявляется кредиторами без согласия управляющего в деле о несостоятельности); оценить вероятные затраты для имущественной массы; вероятность возмещения стоимости для имущественной массы; возможные задержки в возмещении; а также трудности, связанные с доказыванием критериев, необходимых для расторжения конкретной сделки.

2. Критерии расторжения сделок

303. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусмотрены существенно различающиеся подходы к установлению критериев, касающихся процедуры расторжения сделок, с точки зрения конкретных критериев и их сочетания в каждой правовой системе. С точки зрения применимых критериев их можно условно разделить на объективные и субъективные критерии.

a) Объективные критерии

304. В рамках одного из подходов подчеркивается необходимость использования обобщенных, объективных критериев для определения того, какие сделки могут быть расторгнуты. При этом вопрос будет, например, состоять в том, совершена ли сделка в течение подозрительного периода, либо обладает ли сделка какой-либо из общих характеристик, установленных законодательством (например, была ли надлежащей цена, по которой были переданы активы или приобретены обязательства, наступил ли срок погашения долга или исполнения обязательства, существовали ли особые взаимоотношения между сторонами сделки). Хотя такие обобщенные критерии, возможно, и легче применять, чем критерии, опирающиеся на доказательства, скажем, наличия умысла, использование исключительно таких критериев может привести к получению произвольных результатов. Так, например, законные и полезные сделки, совершенные в течение оговоренного периода, могут подлежать расторжению, в то время как мошеннические или преференциальные сделки, заключенные за пределами этого периода, окажутся защищенными.

b) Субъективные критерии

305. В рамках другого подхода основное внимание уделяется таким конкретизированным, субъективным критериям, как наличие доказательств намерения укрыть активы от кредиторов, несостоятельность должника в момент совершения сделки или наступление его несостоятельности в результате сделки, несправедливый характер сделки в отношении некоторых кредиторов, а также осведомленность контрагента о том, что должник был несостоятелен в момент совершения сделки или станет несостоятельным в результате сделки. Такой индивидуализированный подход может потребовать тщательного рассмотрения вопроса о намерениях сторон сделки и других факторов, таких как финансовое положение должника на момент совершения сделки, финансовое воздействие сделки на активы должника и на возможный ход обычных коммерческих операций между должником и отдельными кредиторами.

c) Сочетание критериев

306. Лишь в немногих странах законодательство о несостоятельности опирается исключительно на субъективные критерии в качестве основы применения положений о расторжении сделок; как правило, такие критерии используются в сочетании с установленным сроком, в течение которого должны были произойти сделки. В некоторых странах широкое использование субъективных критериев вызвало многочисленные судебные тяжбы и повлекло за собой значительные расходы для имущественной массы. Чтобы избежать таких расходов, в законодательстве некоторых стран с недавних пор применяется строго объективный подход, предусматривающий установление короткого подозрительного периода продолжительностью, например, в три-четыре месяца, в некоторых случаях сочетающегося с дискреционным правилом, согласно которому все сделки, совершенные в течение этого срока, будут считаться подозрительными, если только не имел места практически одновременный обмен стоимостью между сторонами сделки. Кроме того, этот непродолжительный подозрительный период может быть использован для установления презумпции наличия соответствующего умысла или осведомленности, особенно о несостоятельности, у должника, либо у приобретателя активов, либо у обеих сторон сделки. В законодательстве некоторых стран используется двухуровневый подход: расторгаются все сделки, заключенные в течение определенного непродолжительного промежутка времени, а расторжение сделок, заключенных в течение некоего более продолжительного промежутка времени, возможно только при получении определенных дополнительных доказательств. Таким образом, в законодательстве может быть установлено, например, что для расторжения сделки определенного вида, заключенной, скажем, в период шести месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности достаточно доказать, что характер данной сделки соответствует определению, содержащемуся в законе, и что она была совершена в течение вышеупомянутого промежутка времени. Возражения контрагента во внимание не принимаются. Применительно к сделкам, совершенным, например, в течение года до начала производства, управляющий в деле о несостоятельности обязан доказать, что данная сделка не является обычной коммерческой операцией, что она, например, создает контрагенту льготные условия. Чтобы отклонить иск о расторжении сделки, контрагент должен представить обоснованные аргументы в подтверждение ее законности.

307. В законодательстве о несостоятельности ряда стран сочетание этих различных подходов применяется в отношении различных видов сделок. Например, преференциальные сделки и сделки с заниженной стоимостью могут быть определены путем ссылки на объективные критерии, а сделки, направленные на то, чтобы воспрепятствовать действиям кредиторов или

затруднить такие действия, будут определены путем ссылки на более субъективные элементы, связанные с вопросом умысла со стороны как должника, так и контрагента. В законодательстве одной из стран о несостоятельности, где используется сочетание таких элементов, предусматривается, например, что такие сделки, как дарение, обеспечение имеющихся долгов и необычные платежи (платежи, не произведенные с использованием обычных платежных средств, или досрочные платежи), могут быть расторгнуты, если они были совершены в течение трех месяцев, предшествующих открытию производства. Другие сделки могут быть аннулированы, если должник был несостоятелен в момент совершения сделки, сделка являлась несправедливой или ненадлежащей в отношении группы кредиторов и контрагенту было известно, что на момент совершения сделки должник был несостоятелен.

d) Обычные коммерческие операции

308. Следует особо отметить, что при определении критериев расторжения сделок в законодательстве о несостоятельности многих стран применяется концепция "обычных коммерческих операций", так что описанный выше нетрадиционный платеж может подлежать аннулированию. Эта концепция имеет прямое отношение к режиму несостоятельности и в более широком плане, так как может применяться для проведения различий между осуществлением полномочий на использование активов и распоряжение ими в ходе производства о несостоятельности в рамках "обычных коммерческих операций" и при иных обстоятельствах, с точки зрения как круга лиц, обладающих такими полномочиями, так и необходимых защитных мер.

309. В различных странах при определении понятия "обычные коммерческие операции" различные аспекты акцентируются в различной степени. Вместе с тем общепринятой целью определения этого понятия в большинстве правовых систем является обеспечение коммерческому предприятию возможности осуществить или продолжать осуществлять обычные платежи в рамках его коммерческой деятельности, не подвергая такие сделки опасности расторжения. К таким разрешенным платежам могут относиться арендные платежи, расчеты за коммунальные услуги – такие как энергоснабжение и телефонная связь, – а также, возможно, и оплата поставок сырья и материалов для коммерческой деятельности предприятия.

310. В законодательстве некоторых стран особое внимание уделяется действиям сторон в прошлом, особенно в части методов, объемов и регулярности поставок и выплат. В таком случае любое отклонение от условий контракта, традиции или обычной практики делового оборота между сторонами – например, проведение платежа нетрадиционным способом – будет считаться выходящим за рамки "обычных коммерческих операций". Другой подход заключается в сосредоточении внимания на намерениях одной или обеих сторон: выяснении вопроса о том, знал ли – или должен был знать – кредитор о финансовом положении должника или о намерении должника оказать определенному кредитору предпочтение перед остальными.

311. Еще один подход состоит в применении к конкретной сделке и обстоятельствам ее заключения норм, основанных на практике делового оборота в отрасли или экономике в целом. Согласно законодательству некоторых других стран, нетрадиционным считается любой платеж, сумма которого превышает определенную долю стоимости активов должника.

312. Важно, чтобы при определении соответствия сделки понятию "обычных коммерческих операций" был обеспечен баланс между гибкостью подхода (позволяющей не ограничивать необоснованным образом развитие новых черт делового оборота) и первостепенным требованием конкретности.

e) Защитный механизм

313. В случаях, когда законодательство о несостоятельности обеспечивает отдельным контрагентам возможность защиты от расторжения сделок, такой защитный механизм потенциально способен "размыть" основную цель положений о расторжении, снизить их действенность. Защитный механизм, содержащий элементы, которые могут быть оспорены, например соответствие сделки понятию "обычных коммерческих операций" и добросовестность действий контрагента, способен создать неопределенность для всех сторон и может потребовать судебного определения. Вероятность возникновения такой неопределенности может существенно возрасти в случае, если суды начнут давать расширительное толкование этого механизма в пользу контрагентов, следствием чего станет неспособность или нежелание управляющих в делах о несостоятельности применять положения о расторжении сделок в качестве эффективного инструмента в производстве по делам о несостоятельности, будь то из-за высоких издержек или из-за неэффективности и непредсказуемости процедуры. Возможность возникновения таких трудностей подчеркивает желательность установления в законодательстве о несостоятельности четких и предсказуемых критериев расторжения сделок и защитных механизмов, позволяющих всем сторонам оценить потенциальные риски и избежать споров, например объективных критериев, нацеленных на последствия или результаты сделок, а не на намерения сторон. В случае использования таких понятий, как "обычные коммерческие операции", следует включить в законодательство о несостоятельности их четкое определение и уточнить их пределы.

3. Категории сделок, подлежащих расторжению

314. В широком смысле, общими для большинства правовых систем являются три категории сделок, подлежащих расторжению, которые, несмотря на различия в их определении, используются в настоящем Руководстве в качестве основы для обсуждения. К их числу относятся: сделки, совершенные с намерением воспрепятствовать, затруднить или затянуть действия кредиторов по удовлетворению своих требований, сделки по заниженной стоимости и сделки с некоторыми кредиторами, которые могут рассматриваться в качестве преференциальных. В зависимости от конкретных обстоятельств каждой сделки, в некоторых из них могут сочетаться характерные черты нескольких различных категорий сделок. Например, сделки, представляющиеся на первый взгляд преференциальными, скорее могут носить характер сделок, совершенных с намерением затруднить или задержать усилия кредиторов или воспрепятствовать таким усилиям, если целью сделки является выведение активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора или нанесение иного ущерба интересам такого кредитора, или эти сделки совершаются, когда должник будет не в состоянии платить по своим обязательствам по мере наступления срока их погашения, или если в результате этих сделок у должника не останется достаточных активов для продолжения коммерческой деятельности. Аналогичным образом сделки, совершенные по заниженной стоимости, могут также быть преференциальными, если они заключены с кредиторами, а не с третьими сторонами; когда же налицо намерение затруднить или задержать действия кредиторов либо воспрепятствовать им, они подпадают под первую категорию сделок. В подобных случаях управляющий по делу о несостоятельности должен иметь возможность выбрать категорию, по которой может расторгаться конкретная сделка, и таким образом воспользоваться разнообразием требуемых доказательств и применяемых обычно подозрительных периодов.

315. Для достижения максимально возможной ясности и определенности и во избежание ненужных накладок желательно, чтобы при определении категорий сделок, подлежащих расторжению, в законодательстве о несостоятельности

вместо использования таких широких определений, как "мошеннические" или "преференциальные" сделки, указывались конкретные характеристики сделки (включая ее последствия), имеющие важное значение для принятия решения о ее расторжении.

a) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям

316. Сделки, относящиеся к этой категории, совершаются должником, который переводит активы какой-либо третьей стороне, намереваясь вывести их за пределы досягаемости кредиторов; при этом, как правило, имеется в виду, что третьей стороне было известно или должно было быть известно о намерениях, с которыми должник совершал такую сделку. Обычно такие сделки ставят в невыгодное положение всех необеспеченных кредиторов. Подобные сделки, как правило, не могут автоматически расторгаться при помощи использования объективного критерия установленного периода времени, в течение которого была совершена сделка, в связи с необходимостью доказывания намерения должника. Прямыми доказательствами такое намерение подтверждается редко; речь скорее может идти об установлении обстоятельств, являющихся общими для таких видов сделок. Хотя такие обстоятельства в различных правовых системах не совпадают, существует ряд общих признаков, включая следующие:

i) взаимоотношения между сторонами сделки, если сделка была осуществлена с лицом, связанным с должником, – непосредственно либо через третью сторону;

ii) стоимость сделки является номинальной или недостаточной;

iii) финансовое положение должника как до, так и после заключения сделки, особенно в случаях, когда должник уже являлся несостоятельным либо стал несостоятельным после совершения сделки;

iv) существование системы или серии сделок, связанных с переводом некоторых или практически всех активов должника, которые совершаются после возникновения финансовых трудностей или опасности процессуальных действий со стороны кредиторов;

v) общий хронологический порядок расследуемых событий и сделок, например, в случае осуществления сделки вскоре после принятия должником на себя значительного долга;

vi) сокрытие должником сделки, особенно в тех случаях, когда это выходит за рамки обычных коммерческих операций, либо участие в сделке фиктивных сторон; или

vii) должник скрывается.

317. В законодательстве некоторых стран также конкретизируются обстоятельства, при которых может возникать презумпция умысла, либо виды сделок, при которых предполагается наличие умысла или недобросовестности, например сделки с связанными с должником лицами, совершаемые в течение оговоренного промежутка времени, предшествующего открытию производства (дополнительно рассматривается ниже). В соответствии с законодательством других стран, достаточным основанием для расторжения сделки может служить то, что должник мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что последствия, если не цель, какой-либо сделки могут нанести ущерб кредиторам и что бенефициар мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что действия должника могут привести к таким последствиям. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что определенные операции, такие как передача правового титула на землю, не подлежат расторжению в рамках такой категории сделок, если такая передача была

осуществлена добросовестно за надлежащую цену лицу, которое не получало уведомления или не знало о каком-либо умысле на мошенничество в отношении кредиторов.

b) Сделки по заниженной стоимости

i) Критерии

318. Должник, нуждающийся в наличности, может быстро распродать активы по цене существенно ниже их реальной стоимости в целях оперативного получения средств, не имея никакого намерения препятствовать или задерживать платежи кредиторам. Результатом этого, однако, может быть явное сокращение объема доступных кредиторам активов. По этой причине законодательство многих стран о несостоятельности уделяет особое внимание эквивалентности стоимости сделки и устанавливает, что сделки обычно могут быть расторгнуты в тех случаях, когда стоимость, полученная должником в результате сделки с третьей стороной, является нулевой, либо номинальной (например, дарение), либо намного ниже истинной или рыночной стоимости переданных активов или приобретенных обязательств, при условии, что сделка совершена в течение подозрительного периода. Законодательство других стран также содержит требование о необходимости установления факта катастрофических последствий сделки для должника: например, вследствие сделки капитал должника сократился до неоправданно низкого уровня, должник являлся несостоятельным в момент совершения сделки либо его несостоятельность наступила в результате этой сделки. В категорию сделок по заниженной стоимости входят также сделки с участием как кредиторов, так и третьих сторон.

319. Важное значение применительно к этим видам сделок имеет вопрос о том, что представляет собой занижение стоимости сделки, достаточное для ее расторжения, и как это занижение определить. Во многих странах определение занижения оставляют на усмотрение судов, руководствующихся такими ориентирами, как разумная либо рыночная стоимость в момент совершения сделки, определяемая на основании соответствующих экспертных заключений. Если же точные сведения о соответствующей стоимости сделки отсутствуют, суду может помочь, например, примерная оценка ее стоимости управляющим в деле о несостоятельности, которую контрагент по данной сделке вправе оспорить, представив дополнительные доказательства. Кроме того, не обязательно требовать от суда самостоятельной оценки стоимости сделки: ему можно предоставить полномочия определять способ оценки ее стоимости. Поскольку доказать факт занижения стоимости сделки не просто, то, если она была заключена в момент, когда компания была не в состоянии в срок рассчитаться с долгами, в некоторых правовых системах может оказаться проще расторгнуть такую сделку, как преференциальную по своим последствиям. Помимо этого, в законодательстве некоторых стран менее, чем справедливое встречное удовлетворение или его отсутствие считается доказательством того, что сделка осуществлена с целью подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или отсрочить платежи в их пользу.

ii) Защитный механизм

320. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что такие виды сделок не подлежат расторжению в случае соблюдения определенных условий, таких как добросовестные действия бенефициара, совершение сделки в целях осуществления коммерческой деятельности должника, наличие разумных оснований полагать, что сделка отвечает интересам обычной коммерческой деятельности должника, а в случаях, когда соответствующим требованием является прекращение выплат, –

превышение стоимости активов должника над суммой его обязательств в момент совершения сделки (т. е. его платежеспособность).

c) Преференциальные сделки

i) Критерии

321. Преференциальные сделки могут подлежать расторжению в тех случаях, когда: i) сделка совершена в течение подозрительного периода, ii) сделка связана с передачей активов кредитору в счет прежней задолженности и iii) в результате этой сделки кредитор получает более высокую процентную долю суммы своего требования в активах должника, чем другие кредиторы той же очереди или категории (иными словами, преференцию). В законодательстве многих стран о несостоятельности также содержится условие о несостоятельности или наступающей несостоятельности должника в момент совершения сделки, а в законодательстве некоторых стран – также условие о намерении должника создать такую преференцию. Основание для включения таких видов сделок в сферу действия положений о расторжении состоит в следующем: если они совершаются в период, непосредственно предшествующий открытию производства, в этот момент факт наступления несостоятельности уже является весьма вероятным, и они противоречат ключевой цели обеспечения равного режима кредиторам, находящимся в одинаковом положении, поскольку в результате такой сделки один из таких кредиторов получит больше, чем мог бы в противном случае получить по закону.

322. В число примеров преференциальных сделок могут входить выплата или списание долгов, срок погашения которых еще не наступил; совершение действий, которые должник не обязан совершать; предоставление обеспечения в отношении существующих необеспеченных долгов; нетрадиционные – неденежные – методы платежа по долгам, срок погашения которых наступил; выплата долга в существенном объеме в сравнении с активами должника; а при некоторых обстоятельствах – выплата долгов в ответ на исключительное давление со стороны кредитора, например, в виде судебного преследования или наложения ареста при сомнительных основаниях для такого давления. Зачет, который сам по себе не подлежит расторжению, может рассматриваться в качестве сделки, наносящей ущерб, если он происходит в течение короткого промежутка времени, предшествующего подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, и приводит к изменению соотношения задолженности различным сторонам, создавая определенные преференции, либо если он связан с передачей или уступкой требований одним кредитором другому, с тем чтобы расширить возможности для осуществления зачета. Зачет также может быть аннулирован в случае, если он происходит при необычных обстоятельствах, например если стороны зачета не связаны между собой договорными отношениями.

ii) Защитный механизм

323. Одним из возражений против утверждения о преференциальном характере сделки может быть доказательство того, что сделка, хотя она и содержит элементы преференций, на самом деле является обычной коммерческой операцией, и в частности обычной коммерческой операцией между сторонами сделки. Например, платеж, произведенный при получении товаров, которые поставляются и оплачиваются на регулярной основе, не может быть преференциальным, даже если он произведен незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности. Такой подход поощряет поставщиков товаров и услуг к сохранению коммерческих отношений с должником, который может испытывать финансовые трудности, но по-прежнему потенциально является жизнеспособным. Другие возражения, предусмотренные в

законодательстве о несостоятельности (в зависимости от применяемых критериев расторжения сделок), включают в себя следующее: бенефициар предоставил должнику кредит после совершения сделки, и такой кредит остался невыплаченным (возражение ограничено суммой нового кредита); бенефициар предоставил должнику новые ценности, под которые не получил обеспечения; бенефициар может доказать, что ему не было известно о возможности создания преференции; бенефициару не было известно или не могло быть известно о том, что в момент совершения сделки должник был несостоятелен; либо что в момент совершения сделки стоимость активов должника превышала сумму его обязательств.

d) Обеспечительные интересы

324. Хотя обеспечительные интересы, являющиеся действительными и подлежащими исполнению согласно законам, допускающим предоставление обеспечительного интереса кредиторам, обычно должны рассматриваться как действительные согласно законодательству о несостоятельности, они могут, тем не менее, быть аннулированы в рамках производства по делу о несостоятельности на тех же основаниях, на которых могут быть оспорены и расторгнуты любые другие сделки. Целью такого подхода является недопущение обременения неплатежеспособным должником принадлежащих ему активов, за исключением случаев предоставления обеспечительного интереса в отношении вновь выделяемых заемных средств. В противном случае обремененные активы будут, в общем и целом, недоступны кредиторам, а на использование их должником будут наложены ограничения. Сделка по предоставлению обеспечения может быть аннулирована как осуществляемая с целью подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или задержать платежи в их пользу либо как преференциальная или совершенная по заниженной стоимости. Во многих случаях речь будет идти о преференциальной сделке, поскольку в ней участвует существующий кредитор. Например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до открытия производства, которое в иных отношениях является действительным, может быть расценено как предоставление несправедливых выгод определенному кредитору за счет остальных кредиторов. В тех случаях, когда обеспечительный интерес предоставлен для обеспечения уже существующего долга или на основе прежнего встречного удовлетворения (что допускается в некоторых, однако не во всех правовых системах), он может быть также признан недействительным как создающий несправедливые преимущества для конкретного кредитора. Платежи, полученные обеспеченным кредитором, могут рассматриваться как преференциальные (по меньшей мере, частично), если требование не полностью обеспеченного кредитора оплачено полностью в течение подозрительного периода. В случаях, когда обеспечительный интерес предоставляется новому кредитору, сделка может не быть преференциальной в том смысле, в котором это понятие применяется к данной категории сделок, но может подпадать под иную категорию. Есть примеры законов, содержащих положения, трактующие конкретные вопросы расторжения таких сделок, особенно в контексте предоставления обеспечительных интересов директорам (на что могут также распространяться положения о сделках с лицами, связанными с должником); к таким сделкам применяются иные критерии эквивалентной стоимости и определения подозрительного периода.

325. Положения о расторжении сделок могут также применяться к обеспечительному интересу, который не был формализован согласно соответствующему законодательству об обеспеченных сделках, а в соответствии с законодательством некоторых стран, – и к обеспечительному интересу, формализованному в течение непродолжительного периода, предшествующего открытию производства, а также к выплатам в пользу обеспеченного кредитора

средств, полученных от использования обремененного актива, если сделка по созданию обеспеченного интереса была нечистоплотной.

e) Сделки с лицами, связанными с должником

326. Как указано выше, одним из критериев, относящихся к расторжению определенных сделок, являются взаимоотношения между должником и контрагентом. В тех случаях, когда в сделках, подлежащих расторжению, участвуют связанные с должником лица (иногда именуемые также аффилированными лицами или "инсайдерами"), в законодательстве о несостоятельности нередко предусматриваются более жесткие нормы, особенно в отношении продолжительности подозрительных периодов и режима в отношении любого требования лица, связанного с должником (см. главу V.A), а также презумпции либо перенос бремени доказывания (см. ниже) в целях облегчения процедуры расторжения сделки и снятие условия о несостоятельности должника в момент совершения сделки или наступления его несостоятельности в результате совершения такой сделки. Установление более жесткого режима может быть оправдано на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой, и они имеют больше возможностей первыми узнать о том, когда должник начинает испытывать финансовые трудности.

327. Лица, связанные с должником, определяются, как правило, по различным уровням связей с должником. В большинстве правовых систем лицами, связанными с должником, считаются лица, имеющие в той или иной форме корпоративные или семейные связи с должником. В законодательстве обычно, но не всегда, применяется предписательный подход. Что касается лиц, находящихся в той или иной форме коммерческих отношений с должником, то в рамках узкого подхода под эту категорию подпадают директора или руководство предприятия должника, а под более широкое определение могут подпадать не только лица, осуществляющие фактический контроль над должником, но и, возможно, все служащие должника и гаранты долгов любого лица, имеющего коммерческую связь с должником. Аналогичным образом семейные связи могут, по определению, охватывать родственников по крови или браку и даже, согласно законодательству некоторых стран, лиц, проживающих в том же домашнем хозяйстве, что и должник, а также лиц, распоряжающихся имуществом на началах доверительной собственности, бенефициаром которой является должник или связанное с ним лицо. Родственники лиц, имеющих коммерческие связи с должником, также обычно считаются лицами, связанными с должником. Важным элементом во многих правовых системах является включение в число связанных с должником лиц тех лиц, которые вступали в соответствующие взаимоотношения с должником в прошлом или могут вступить в соответствующие взаимоотношения с ним в будущем.

328. В случаях, когда должник является физическим лицом, может применяться и иное законодательство (например, регулирующее режим собственности супругов), способное влиять на применение законодательства о несостоятельности в части подлежащих расторжению сделок, дополняя либо ограничивая положения законодательства о несостоятельности относительно расторжения сделок. Желательно обеспечить взаимную согласованность этих законов и четко указывать в законодательстве о несостоятельности на какое-либо влияние, оказываемое на него иным законодательством.

4. Сделки, не подпадающие под действие положений по расторжению сделок

329. Возможно, было бы желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности конкретные исключения из положений о расторжении сделок применительно к определенным видам сделок. Это может касаться сделок,

совершаемых в ходе осуществления плана реорганизации, включая сделки, относящиеся к финансированию после открытия производства, выплаты, производимые в соответствии с одобренным судом планом в рамках ускоренной реорганизации, либо выплаты, производимые в рамках добровольного соглашения о реструктурировании задолженности (заключенном между должником и, по меньшей мере, большинством необеспеченных кредиторов), в случаях, когда реализация такого плана или соглашения не приносит успехов и производство впоследствии преобразуется в ликвидационное, либо, в случае достижения компромиссного соглашения между должником и кредиторами, начинается ликвидационное производство. Из-под действия положений о расторжении сделок следует также вывести сделки, имеющие важное значение для функционирования финансовых рынков, такие как взаимозачеты при закрытии контрактов, касающихся ценных бумаг и производных инструментов (см. главу II.H).

5. Последствия расторжения – ничтожные сделки или сделки, признаваемые ничтожными

330. Если сделка относится к одной из категорий сделок, подлежащих расторжению, то в соответствии с законодательством о несостоятельности она либо автоматически признается ничтожной, либо может быть признана ничтожной, в зависимости от критерия, принятого в отношении каждой категории сделок. Например, в законодательстве, касающемся только сделок, совершенных в течение определенного фиксированного срока, и не предусматривающем никакого субъективного критерия, в некоторых случаях конкретно указывается, что соответствующие сделки будут признаваться ничтожными. Однако даже в том случае, если применяется такой подход, но контрагент не обеспечил возвращения активов, управляющий в деле о несостоятельности может быть вынужден открыть производство для возвращения контрагентом активов или эквивалентной им стоимости.

331. Согласно тем законам, в силу которых сделка может быть расторгнута, управляющий в деле о несостоятельности должен будет принять решение о том, будет ли расторжение сделки выгодным для имущественной массы с учетом элементов каждой категории сделок, подлежащих расторжению, а также возможных задержек в возвращении соответствующих активов или стоимости активов и возможных судебных издержек. Такие дискреционные полномочия, как правило, предоставляются с учетом обязанности управляющего в деле о несостоятельности добиваться максимизации стоимости имущественной массы, и он может нести ответственность за непринятие надлежащих мер.

6. Установление подозрительного периода

332. В законодательстве большинства стран о несостоятельности конкретно оговаривается продолжительность подозрительного периода в отношении конкретных видов сделок, подлежащих расторжению, и определена дата, начиная с которой такой период рассчитывается ретроактивно. Речь может идти об определенном числе дней или месяцев, предшествующих какой-либо конкретной дате или событию, например, подаче заявления об открытии производства, открытию производства по делу о несостоятельности или дате, объявленной по решению суда датой прекращения должником оплаты своих долгов в обычном порядке ("дата прекращения платежей"). Установленные законодательством событие или дата зависят и от других особенностей режима производства по делам о несостоятельности, например от условий начала производства и возможного затягивания открытия производства по делу о несостоятельности после подачи заявления об открытии такого производства. Например, если производство по делу обычно открывается лишь спустя несколько месяцев после подачи заявления, а подозрительный период

представляет собой фиксированный промежуток времени, отсчитываемый назад от момента открытия производства, то несколько месяцев из этого периода попадут на промежуток времени между подачей заявления и открытием производства, что ограничит потенциальную эффективность полномочий по расторжению сделок. Если же при подаче заявления производство по делу возбуждается автоматически, такой задержки не возникнет. Чтобы урегулировать ситуации, чреватые затягиванием открытия производства по делу после подачи заявления об открытии такого производства, в законодательстве о несостоятельности возможно предусмотреть расчет подозрительного периода ретроактивно, начиная с момента подачи заявления, а к сделкам, осуществляемым в период между подачей заявления и открытием производства по делу, применить иной подход, например считать их мошенническими либо осуществляемыми в рамках обычных коммерческих операций, либо – в случае назначения временного управляющего в деле о несостоятельности – несанкционированными (см. главу II.B). Если же производство по делу возбуждается вскоре после подачи заявления, подозрительный период возможно рассчитывать ретроактивно, начиная с момента открытия производства по делу.

333. С этим связан вопрос о возможности продления оговоренного в законодательстве о несостоятельности подозрительного периода в судебном порядке в соответствующих ситуациях, например когда в результате сделок, заключенных вне оговоренного подозрительного периода, но при сомнительных обстоятельствах, имущественная масса сокращается. Хотя использование дискреционного подхода может создать возможности для проявления определенной гибкости в том, что касается сделок, на которые должно распространяться действие положений о расторжении, он также может привести к задержкам в производстве и не дает кредиторам предсказуемые или прозрачные ориентиры относительно того, какие сделки, вероятнее всего, будут расторгнуты. Порядок, при котором по усмотрению суда могут быть расторгнуты сделки, совершенные в течение некоего неоговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности, может привести к снижению надежности коммерческих и финансовых операций. По этим причинам желательно ограничивать продление подозрительного периода сделками, совершенными с намерением подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или задержать платежи в их пользу, когда вопросы коммерческой определенности вызывают меньшую обеспокоенность.

334. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается один подозрительный период для всех видов сделок, подлежащих расторжению, в то время как в законодательстве других стран установлены периоды разной продолжительности, в зависимости от вида сделки и того, является ли цессионарий лицом, связанным с должником. Как отмечалось выше, в законодательстве некоторых стран используется подход, основанный на сочетании непродолжительного подозрительного периода (сделки определенного характера, заключенные в течение этого периода, автоматически аннулируются, возражения сторон во внимание не принимаются) с более продолжительным (расторжение возможно только при предъявлении дополнительных доказательств). Поскольку некоторые сделки связаны с совершением умышленных противоправных действий, в законодательстве многих стран о несостоятельности срок, в течение которого такие виды сделок должны быть совершены, чтобы существовала возможность их расторжения, не ограничивается. Согласно законодательству других стран о несостоятельности, в таких случаях устанавливается весьма длительный подозрительный период (есть примеры его продолжительности от одного года до десяти лет), отсчитываемый, как правило, от даты открытия производства.

335. Если в преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделках участвуют кредиторы, не связанные с должником, то подозрительный

период может быть относительно коротким, возможно, не более нескольких месяцев (например, от трех до шести месяцев). Однако если в сделках участвуют связанные с должником лица, во многих странах применяются более жесткие правила и более длительные подозрительные периоды (достаточно часто встречается, например, срок в два года – в отличие от трех–шести месяцев для сделок без участия лиц, связанных с должником).

7. Применение процедур расторжения сделок

a) Стороны, которые могут инициировать процедуру расторжения

336. Для расторжения той или иной сделки требуется, как правило, подать в суд заявление о признании сделки недействительной, и в законодательстве о несостоятельности приняты различные подходы к вопросу о том, кто вправе инициировать такую процедуру. Признавая ведущую роль управляющего в деле о несостоятельности в управлении имущественной массой, законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что процедуру расторжения оговоренных сделок следует инициировать управляющему в деле о несостоятельности, однако, согласно законодательству некоторых из них, до начала любой процедуры управляющий в деле о несостоятельности должен получить согласие кредиторов или их большинства. Законодательство ряда стран позволяет инициировать процедуру расторжения сделок кредиторам (а в некоторых случаях – комитету кредиторов); при этом, согласно законодательству некоторых из этих стран, право это предоставляется только тем кредиторам, долг которым предшествовал совершению оспариваемой сделки. Законодательство некоторых стран, где кредиторы вправе инициировать эти процедуры, требует от них получения согласия управляющего в деле о несостоятельности. Если будет сочтено желательным предоставить кредиторам право на такие действия, условие о получении согласия управляющего в деле о несостоятельности обеспечит осведомленность управляющего в деле о несостоятельности о предложениях кредиторов и даст управляющему в деле о несостоятельности возможность отказать им в разрешении на начало процедуры расторжения сделки, предотвратив, таким образом, какое-либо негативное воздействие данной процедуры на управление имущественной массой.

337. В случаях, когда в ответ на обращение кредитора (кредиторов) управляющий в деле о несостоятельности отказывает ему (им) в согласии на начало процедуры расторжения сделки, законодательство некоторых стран предоставляет кредитору (кредиторам) возможность получить санкцию суда на начало такой процедуры. На заседании суда управляющий в деле о несостоятельности вправе изложить суду причины, по которым, по его мнению, сделку не следует расторгать. На этом заседании суд вправе санкционировать начало процедуры расторжения либо принять решение заслушать дело по существу. Такой подход может помочь снизить вероятность заключения различными сторонами всякого рода сепаратных сделок. В случаях, когда допускается инициирование процедур расторжения сделок кредиторами, законодательство ряда стран требует от кредиторов оплаты судебных издержек по любому иску либо допускает применение к кредиторам санкций в целях профилактики потенциального злоупотребления процедурой расторжения сделок со стороны кредиторов.

338. В случаях, когда начать процедуру расторжения уполномочен исключительно управляющий в деле о несостоятельности, но, учитывая весомость рассмотренных выше соображений (т. е. по иным причинам, нежели небрежность, недобросовестность либо бездействие[67], он принимает решение не начинать эту процедуру в отношении определенных сделок, в законодательстве о

[67] Права и обязанности управляющего в деле о несостоятельности см. в главе III.B.

несостоятельности предусматриваются различные подходы к осуществлению и финансированию подобных процедур. Порядок их возможного финансирования может иметь особое значение при отсутствии в имущественной массе достаточных активов для этих целей (вопросы финансирования рассматриваются ниже). Что касается порядка осуществления подобных процедур, то, согласно некоторым законам, кредитор или комитет кредиторов вправе потребовать от управляющего в деле о несостоятельности приступить к процедуре расторжения сделок, если это представляется выгодным для имущественной массы, либо, при условии согласия других кредиторов, приступить к процедуре расторжения этих сделок вправе также сам кредитор или комитет кредиторов.

339. В тех случаях, когда кредиторам разрешается инициировать процедуру расторжения сделки, будь то наравне с управляющим в деле о несостоятельности или потому, что управляющий в деле о несостоятельности решает не инициировать эту процедуру, законодательство о несостоятельности по-разному трактует режим возвращенных активов или стоимости. Наиболее часто встречающаяся трактовка состоит в том, что активы или стоимость, возвращенные кредитором, считаются частью имущественной массы, поскольку главным обоснованием процедуры расторжения сделок является возвращение стоимости или активов в имущественную массу к выгоде всех кредиторов, а не создание выгод лишь для некоторых из них. Согласно законодательству других стран, все возвращенное таким образом может быть использовано в первую очередь для удовлетворения требования того кредитора, который предпринял соответствующие действия, либо очередность требования предпринявшего эти действия кредитора может быть изменена.

b) Финансирование процедуры расторжения сделок

340. Ключевым фактором, ограничивающим действенность положений о расторжении сделок, во многих странах было отсутствие средств на оспаривание сделок, потенциально подлежащих расторжению. Были выработаны различные подходы к решению проблемы финансирования. В ряде стран управляющему в деле о несостоятельности для открытия процедуры расторжения сделок предоставляются бюджетные средства, в то время как в других странах установлено, что подобные процедуры должны финансироваться за счет имущественной массы. Подобный подход может быть целесообразен при наличии достаточных средств, однако в некоторых обстоятельствах он способен помешать возвращению активов, выведенных из имущественной массы с конкретным намерением оставить в ней лишь малую толику активов – из которых и должно финансироваться их возвращение путем применения процедуры расторжения сделок. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности разрешается уступать право на начало такой процедуры на возмездной основе третьей стороне или обращаться к кредиторам за предоставлением в авансовом порядке средств, за счет которых может открываться процедура расторжения сделок. Очевидно, что в силу значительных различий между странами в части доступности бюджетных средств для финансирования процедуры расторжения сделок может оказаться оправданным применение некоторых из этих альтернативных механизмов. При отсутствии возможности финансировать процедуру расторжения за счет имущественной массы подобные альтернативные подходы могут представлять собой в соответствующих ситуациях эффективные средства восстановления стоимости имущественной массы, предотвращения злоупотреблений, расследования недобросовестной практики и содействия добросовестному управлению.

c) Предельные сроки возбуждения процедуры

341. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности установлены конкретные сроки, в пределах которых надлежит начинать процедуру расторжения сделок, а в законодательстве других стран какие-либо положения, касающиеся данного вопроса, отсутствуют. В законодательствах, устанавливающих конкретные промежутки времени, предусмотрено, например, что данную процедуру необходимо возбуждать в течение определенного периода после даты открытия производства по делу (например, три месяца или двенадцать месяцев) или до истечения определенного срока (например, шесть месяцев) после того, как управляющий в деле о несостоятельности получил возможность выявить сделки, произвести их оценку и предъявить требования. Чтобы установить конкретные сроки в законодательстве о несостоятельности, а не использовать сроки, применимые согласно общему праву, желательно применить подход, основанный на сочетании различных промежутков времени, например фиксированного периода после открытия производства и фиксированного промежутка времени после выявления определенной сделки управляющим в деле о несостоятельности. Подобный подход характеризуется гибкостью, достаточной для принятия мер по сделкам, скрываемым от управляющего в деле о несостоятельности и выявленным лишь по истечении установленного срока.

d) Соответствие сделки критериям расторжения

342. Для установления признаков, требующих доказательства для расторжения конкретной сделки, в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. Применение того или иного подхода будет зависеть от того, насколько сбалансированы между собой задачи расторжения сделок, являющихся недобросовестными по отношению к имущественной массе или наносящих ей финансовый ущерб, с одной стороны, и задачи защиты коммерческих сделок, не считающихся неправомерными или вредными вне контекста несостоятельности.

343. В соответствии с законодательством некоторых стран бремя доказывания того, что соответствующая сделка не подпадает под какую-либо категорию сделок, подлежащих расторжению, несет должник. В законодательстве других стран о несостоятельности предусмотрено, что управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, которому разрешается оспорить сделку, например кредитору, требуется доказать, что сделка удовлетворяет критериям расторжения. Если подобные признаки включают в себя умысел, доказать его наличие зачастую бывает очень трудно, и сторона, на которой лежит бремя доказывания, чаще всего проигрывает дело. Для преодоления этой трудности законодательство некоторых стран допускает перенос бремени доказывания на контрагента, например в случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности трудно установить фактические намерения должника обмануть кредиторов иначе, чем по внешним признакам, объективным проявлениям или другим косвенным доказательствам существования такого умысла, хотя с практической точки зрения неспособность должника удовлетворительно объяснить коммерческую цель конкретной сделки, приведшей к снижению ценности имущественной массы, может указывать на наличие искомого умысла.

344. В соответствии с иным подходом предусматривается, что искомый умысел или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда определенные виды сделок совершаются в течение подозрительного периода, и бремя доказывания обратного ложится на контрагента по данной сделке. К ним могут относиться такие виды сделок, как сделки с лицами, связанными с должником, выплата долгов до истечения срока

их погашения и платежи по безвозмездным или обременительным сделкам. Еще один подход предусматривает, что, если в течение подозрительного периода совершается определенная сделка, имеющая определенные последствия, например предоставление преференции, возникает опровержимая презумпция в отношении намерения предоставить преференцию. Если кредитор не может опровергнуть такую презумпцию, сделка расторгается и управляющий в деле о несостоятельности может возвратить задействованные в сделке активы или добиться судебного решения о возмещении, эквивалентном стоимости задействованных активов.

345. В тех случаях, когда необходимым элементом процедуры расторжения сделок является осведомленность контрагента о несостоятельности должника, законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает презумпцию того, что контрагенту было известно о тяжелом финансовом положении должника, если заключенная им с должником сделка отличалась определенными характерными чертами, например предполагала выплату долга до наступления срока его погашения или погашение долга нетрадиционным способом, либо была совершена в течение короткого периода до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или до открытия такого производства.

346. Каким бы ни был подход законодательства о несостоятельности к вопросу о соответствии сделок критериям расторжения, в высшей степени желательно, чтобы в законодательстве было четко установлено, какие именно аспекты этих критериев надлежит доказывать той или иной стороне, и, таким образом, имелась ясность относительно того, что требуется от управляющего в деле о несостоятельности, стремящегося расторгнуть конкретную сделку, а что – от контрагента, стремящегося защитить сделку от расторжения.

8. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам

347. При расторжении сделки возникает вопрос о последствиях расторжения для контрагента. Согласно законодательству большинства стран о несостоятельности, последствием расторжения сделки, как правило, является ее аннулирование и предъявление контрагенту требования возвратить полученные активы или произвести платеж наличными на сумму сделки в пользу имущественной массы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрена возможность вынесения по требованию управляющего в деле о несостоятельности решения относительно стоимости задействованного имущества. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусмотрено, что контрагент, возвративший активы или стоимость в имущественную массу, может выступить в качестве необеспеченного кредитора и предъявить должнику требование в объеме возвращенных активов в случае преференциальной сделки либо в объеме уплаченного встречного удовлетворения – в случае сделки по заниженной стоимости. В тех случаях, когда контрагент не возвращает активы или их стоимость в имущественную массу, большинство имеющихся средств судебной защиты не относятся к законодательству о несостоятельности, однако в законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что, помимо расторжения сделки, требования контрагента возместить иные причитающиеся ему средства, чем связанные с расторгаемой сделкой, не могут быть приняты.

9. Преобразование реорганизационного производства в ликвидационное

348. В случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное может потребоваться уделить определенное внимание влиянию такого преобразования на осуществление полномочий по расторжению сделок в

отношении платежей, произведенных в ходе реорганизационного производства, и исчислению подозрительного периода.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся расторжения сделок, заключаются в следующем:

a) восстановить целостность имущественной массы и обеспечить равный режим в отношении кредиторов;

b) обеспечить определенность для третьих сторон путем установления четких правил, касающихся обстоятельств, при которых сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности при участии должника или имущества должника, могут считаться причиняющими ущерб и, таким образом, подлежать расторжению;

c) предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность начать процедуры расторжения этих сделок;

d) облегчить возвращение денежных средств или активов от лиц, участвовавших в расторгнутых сделках.

Содержание законодательных положений

Сделки, подлежащие расторжению

73) В законодательство следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок[68] с активами должника или имущественной массой, приводящих к снижению стоимости предприятия должника либо нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве следует установить, что расторжению подлежат следующие виды сделок:

a) сделки, направленные на затруднение, задержку или воспрепятствование удовлетворению требований кредиторов путем перевода активов любой третьей стороне, если целью сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора либо нанесение иного ущерба интересам этого кредитора и если контрагент осведомлен или должен был быть осведомлен о таком намерении должника;

b) сделки, согласно которым передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательства осуществляется в обмен на номинальную, или менее чем эквивалентную, или ненадлежащую стоимость, совершаемые в момент, когда должник уже является несостоятельным, либо приводящие к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и

c) сделки с участием кредиторов, согласно которым кредитор получает долю в активах должника либо долю выгоды от таких активов, превышающую его пропорциональную долю, если такие сделки совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным (преференциальные сделки).

[68] В настоящем разделе под термином "сделка" понимается, как правило, широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или приобретение обязательств, включая передачу, платеж, обеспечительный интерес, гарантию, ссуду, возврат [или действия по приданию силы обеспечительному интересу в отношении третьих лиц], либо совокупность различных видов таких сделок.

Обеспечительные интересы

74) В законодательстве следует установить, что:

a) если обеспечительный интерес имеет силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, то следует признавать его силу и возможность принудительной реализации в рамках производства по делу о несостоятельности;

b) невзирая на то, что обеспечительный интерес может иметь силу и быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, действие содержащихся в законодательстве положений о расторжении сделок может распространяться на него на тех же основаниях, что и на другие сделки.

Установление подозрительного периода

75) В законодательстве следует установить, что сделки, обладающие характерными признаками, описанными в рекомендации 73(a–c), могут быть расторгнуты, если они совершены в течение оговоренного промежутка времени (подозрительного периода), рассчитанного ретроактивно, начиная с определенной даты – либо с даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, либо даты открытия такого производства. В законодательстве могут устанавливаться различные подозрительные периоды для разных видов сделок.

Сделки с лицами, связанными с должником

76) В отношении подлежащих расторжению сделок с участием лиц, связанных с должником, в законодательстве:

a) может быть предусмотрен более длительный подозрительный период, чем для сделок с лицами, не связанными с должником;

b) в целях облегчения процедур расторжения сделок могут быть установлены [доказательные] [опровержимые] презумпции; и

c) в целях облегчения процедур расторжения сделок может быть разрешен перенос бремени доказывания.

77) В законодательстве следует определить категории лиц, характер отношений которых с должником достаточен для признания их лицами, связанными с должником[69].

Сделки, не подлежащие расторжению

78) В законодательстве следует указать виды сделок, не подлежащих расторжению, в том числе финансовые контракты.

Процедура расторжения сделок

79) В законодательстве следует установить, что:

a) начало процедуры расторжения сделок является, в первую очередь, обязанностью управляющего в деле о несостоятельности[70];

b) с согласия управляющего в деле о несостоятельности процедуру расторжения сделки может начать любой кредитор;

c) в случае несогласия управляющего в деле о несостоятельности кредитор может испросить санкцию суда.

---

[69] Определение понятия "лицо, связанное с должником" дается в Глоссарии.

[70] Вопросы, имеющие отношение к расторжению, могут также возникать в рамках производства, открытого иным лицом, чем управляющий в деле о несостоятельности, где управляющий в деле о несостоятельности ставит вопрос о расторжении в качестве защиты от принудительной реализации.

– Финансирование процедуры расторжения

80) Законодательство может предусматривать альтернативные подходы к урегулированию финансирования процедуры расторжения в случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности принимает решение не начинать процедуры расторжения конкретных сделок, например на основании вывода, что вероятность расторжения сделок мала либо что расторжение таких сделок приведет к чрезмерным затратам[71] для имущественной массы.

– Предельные сроки начала процедуры расторжения

81) В законодательстве или применимом процессуальном законодательстве следует установить промежуток времени, в течение которого может быть начата процедура расторжения сделки. Отсчет указанного промежутка времени следует начинать с момента открытия производства по делу о несостоятельности. [Применительно к упоминающимся в рекомендации 73a) сокрытым сделкам, на выявление которых управляющим в деле о несостоятельности нельзя было рассчитывать, законодательство может предусмотреть исчисление указанного промежутка времени, начиная с момента выявления сделки.]

Вопросы расторжения и возражения

82) В законодательстве следует установить, какие признаки подлежат доказыванию в целях расторжения той или иной сделки, какая из сторон обязана представить соответствующие доказательства, а также конкретные возражения против расторжения. Эти возражения могут включать указание на то, что сделка была заключена в ходе обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности, либо на то, что сделка была совершена в ходе реорганизационного производства, преобразованного впоследствии в ликвидационное.

Ответственность контрагентов в отношении расторгнутых сделок

83) В законодательстве следует установить, что контрагент сделки, которая была расторгнута, обязан возвратить в имущественную массу полученные активы либо, при наличии соответствующего судебного решения, произвести платеж наличными в имущественную массу на сумму сделки. [Суду следует определить, вправе ли контрагент по расторгнутой сделке предъявлять обычное необеспеченное требование.]

84) В законодательстве может быть установлено, что если контрагент не исполняет решение суда о расторжении сделки, то, помимо расторжения сделки и применения любых иных мер правовой защиты, требование контрагента может быть отклонено.

G. Права на зачет

349. Предусмотренная в законодательстве о несостоятельности реализация прав на зачет взаимных обязательств, возникших в результате сделок или действий должника, совершенных до открытия производства по делу о несостоятельности, имеет важное значение не только потому, что это необходимо для обеспечения коммерческой предсказуемости и наличия кредита, но и потому, что таким образом можно предотвратить целенаправленное злоупотребление процедурами несостоятельности. По этой причине в законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть защиту таких прав на зачет.

[71] Речь идет об анализе затрат на процедуру расторжения сделки и положительных результатов такой процедуры, а также о подразумеваемом правиле, согласно которому процедуру не следует начинать, если затраты на нее превысят поступления от нее в имущественную массу.

350. В правовых системах большинства стран права на зачет не затрагиваются мораторием, вводимым при наступлении несостоятельности, и могут быть реализованы после открытия производства по делу о несостоятельности, независимо от того, возникли ли взаимные обязательства по какому-либо одному контракту или по ряду контрактов, и независимо от того, наступил ли срок платежей по взаимным обязательствам до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах проводится следующее различие: после открытия производства по делу о несостоятельности разрешается производить зачет обязательств, срок погашения которых наступил до открытия такого производства, однако зачет обязательств, срок погашения которых наступил после начала производства по делу о несостоятельности, ограничивается или запрещается.

351. Альтернативный подход предусматривает сохранение прав на зачет независимо от того, когда наступает срок погашения взаимных обязательств: до или после открытия производства по делу о несостоятельности, но при этом действие моратория распространяется на реализацию этих прав точно так же, как этот мораторий применяется к осуществлению прав обеспеченных кредиторов. В системах, в которых используется этот альтернативный подход, кредитору предоставляется режим обеспеченного кредитора в объеме его действительных, но нереализованных прав на зачет, и эти права пользуются такой же защитой, как и обеспечительные интересы[72].

352. Законодательство о несостоятельности почти всегда содержит положения, которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности принимать меры для того, чтобы избежать последствий определенных действий кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, имеющих целью расширить свои права на зачет (например, приобретения требований с дисконтом с целью создать права на зачет). Характер и сфера действия таких положений могут быть различными.

Рекомендация

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся зачета, заключается в следующем:

a) обеспечить определенность в отношении последствий открытия производства по делу о несостоятельности для реализации прав на зачет;

b) указать виды обязательств, которые могут зачитываться после открытия производства по делу о несостоятельности;

c) конкретизировать последствия других положений законодательства (например, положений, касающихся расторжения сделок и моратория) для реализации прав на зачет.

Содержание законодательных положений

85) Законодательство должно защищать существующее согласно общим нормам права общее право на зачет, которое возникло до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок.

[72] См. главу II.B.8.

H. Финансовые контракты и взаимозачет

353. Финансовые контракты стали важной составляющей международных рынков капитала. Они, среди прочего, способствуют расширению наличия кредитных средств и являются важным средством страхования от изменений обменного курса, процентных ставок и других рыночных колебаний. С учетом структуры и документального оформления таких сделок чрезвычайно важно обеспечить определенность в отношении того, что произойдет, когда одна из сторон таких контрактов не исполняет обязательств, в том числе по причинам несостоятельности.

354. Финансовые контракты включают, среди прочего, операции с ценными бумагами, товарные соглашения, форвардные контракты, опционы, свопы, соглашения о выкупе ценных бумаг, генеральные соглашения о взаимозачете и другие аналогичные контракты. Должники зачастую заключают многочисленные финансовые контракты с каким-либо одним контрагентом в рамках операций одной цепи, и доступность кредита для них расширяется, если права по этим контрактам имеют полную исковую силу в соответствии с их условиями, что позволяет контрагентам время от времени предоставлять кредиты на основе *чистой суммы обязательств* после учета стоимости всех "открытых" контрактов.

355. После открытия процедуры по делу о несостоятельности контрагенты стремятся "закрыть" открытые позиции и произвести "взаимозачет" всех обязательств, возникших по финансовым контрактам с должником. "Взаимозачет при закрытии" включает два этапа: сначала в результате открытия производства по делу о несостоятельности расторгаются (закрываются) все открытые контракты, а затем на совокупной основе производится зачет (взаимозачет) всех обязательств, возникших при расторжении сделок.

356. Разрешение производить "взаимозачет при закрытии" после открытия производства по делу о несостоятельности является важным фактором уменьшения системных рисков, которые могут представлять угрозу стабильности финансовых рынков. Стоимость финансового контракта или сумма обязательств по нему может ежедневно (а иногда и ежечасно) существенно меняться в зависимости от конъюнктуры финансовых рынков. Это значит, что стоимость таких контрактов весьма переменчива. Как правило, контрагенты уменьшают или страхуют риски, связанные с такими контрактами, заключая с третьими сторонами одну или несколько "зеркальных" сделок или договоров "хеджирования", стоимость которых колеблется обратно пропорционально стоимости контракта должника[73].

357. Независимо от того, исполняет ли должник свой контракт с контрагентом, контрагент должен исполнять контракт хеджирования, который он заключил с третьими сторонами. Если должник становится несостоятельным и не может исполнять свой контракт с контрагентом, контрагент оказывается подверженным риску рыночных колебаний в силу того, что страховые позиции контрагента уже "не покрываются" его контрактом с должником. В подобных обстоятельствах контрагент, как правило, стремится "обеспечить покрытие" контрактов хеджирования путем заключения одного или нескольких новых контрактов, с тем чтобы ослабить свою подверженность рискам будущих рыночных колебаний. В то же время контрагент может обеспечивать такое покрытие лишь с того момента, когда он с определенностью установит, что от него не требуется исполнять его контракт с должником. Контрагент полагается на возможность

[73] Ссылка на "контракт" в настоящем разделе подразумевает возможность заключения одного или нескольких контрактов.

"закрытия" контракта с должником, что позволяет ему обеспечить быстрое "покрытие" после начала производства по делу о несостоятельности.

358. При невозможности произвести "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств по неисполняемым контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности, как описано выше, неисполнение должником его контракта (или его решение исполнять выгодные и не исполнять невыгодные контракты) может привести к тому, что его контрагент будет не в состоянии исполнять свои финансовые контракты с другими участниками рынка, связанные с этим контрактом. Несостоятельность влиятельного участника рынка может привести к серии неисполнений обязательств по зеркальным сделкам, что потенциально способно спровоцировать резкое ухудшение финансового благополучия других участников рынка, а в худшем случае – привести к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения. Этот эффект "домино" часто называют "системным риском" и приводят в качестве весомого стратегического довода в пользу предоставления участникам рынка права производить "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств способами, применение которых законодательством о несостоятельности обычно не допускается.

359. Системные риски могут также возникнуть в связи с опасениями в отношении окончательного характера платежей и расчетов по финансовым контрактам, которые производятся в центральных платежных и расчетных системах. В этих системах используются методы двустороннего или многостороннего взаимозачета. Чтобы предотвратить системный риск, необходимо обеспечить признание и защиту принципа взаимозачета обязательств по финансовым контрактам с использованием этих систем, а также окончательного характера урегулирования и расчетов, произведенных с помощью этих систем, в случае наступления несостоятельности одного из участников системы.

360. Во многих странах применение норм общего режима несостоятельности позволит обеспечить исполнение финансовых контрактов в соответствии с их условиями после открытия производства по делу о несостоятельности посредством вступления в силу положений о расторжении договоров в случае несостоятельности (см. главу II.E.2 и рекомендации 56–57) и посредством разрешения зачета обязательств, независимо от того, основывается ли требование о расторжении на положении об автоматическом расторжении договора или же возникает до открытия производства по делу о несостоятельности. Правовые системы других стран, содержащие положения о несостоятельности, которые ограничивают действие оговорок об автоматическом расторжении договоров или приостанавливают либо ограничивают реализацию прав на зачет и применение кредиторами других средств защиты, требуют, чтобы в их законодательстве о несостоятельности были предусмотрены конкретные исключения, допускающие полную реализацию средств защиты в отношении финансовых контрактов. Желательно также, чтобы эти исключения распространялись и на положения о расторжении сделок, которые могут применяться к финансовым контрактам, и на любые препятствия, которые могут ограничивать применение обеспечения в отношении неисполненных обязательств по финансовым контрактам, сохранившихся после завершения зачетов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положения о взаимозачете и зачете в контексте финансовых сделок заключается в снижении потенциальной опасности возникновения системных

рисков, способных создать угрозу стабильности финансовых рынков, путем обеспечения определенности в отношении прав сторон финансовых контрактов, когда одна из этих сторон не исполняет контракт по причинам несостоятельности.

Содержание законодательных положений

86) Законодательство должно признавать связанные с финансовыми контрактами права на расторжение договоров, которые позволяют расторгать эти контракты и производить зачет и взаимозачет невыполненных обязательств по этим контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает мораторий на расторжение договоров или ограничивает принудительное исполнение положений об автоматическом расторжении сделок при открытии производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на финансовые контракты[74].

87) Следует предусмотреть в законодательстве разрешение контрагенту произвести после расторжения им финансовых контрактов с должником зачет или взаимозачет обязательств по этим расторгнутым финансовым контрактам, с тем чтобы установить чистую сумму обязательств должника. Такое расторжение контрактов и зачет в целях установления чистой суммы обязательств следует разрешить независимо от того, происходит ли такое расторжение контрактов до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает ограничения или мораторий на реализацию прав на зачет после открытия производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на зачет и взаимозачет обязательств по финансовым контрактам.

88) Следует предусмотреть в законодательстве разрешение контрагентам произвести после расторжения финансовых контрактов с должником принудительное исполнение и применение своего обеспечительного интереса в отношении обязательств, вытекающих из финансовых контрактов. На финансовые контракты не должно распространяться действие моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении принудительного исполнения обеспечительного интереса.

89) В законодательстве следует установить, что обычные предшествующие банкротству трансферты, которые соответствуют рыночной практике, например установление маржи в отношении финансовых контрактов[75] и трансферты в порядке урегулирования обязательств по финансовым контрактам[76], не должны подлежать расторжению.

---

[74] Это даст возможность участникам рынка предоставлять кредиты на основе "чистых" позиций и не позволит должнику "снимать сливки", исполняя одни контракты и нарушая другие, что особенно важно в случае финансовых контрактов, учитывая связанный с ними системный риск.

[75] Установление маржи представляет собой процесс использования дополнительной наличности или ценных бумаг в качестве обеспечения сделок в соответствии с договорной формулой, которая учитывает колебания рыночной стоимости контракта и существующего обеспечения. Например, в случае свопа может потребоваться маржа в размере 105 процентов для сохранения стоимости контракта на случай его расторжения. Если обеспечительная позиция понижается до 100 процентов, то может потребоваться установление дополнительной маржи.

[76] При некоторых обстоятельствах платеж в порядке урегулирования требований может быть сочтен преференциальным. В случае свопа платежи в порядке урегулирования требований производятся ежемесячно или при прекращении действия контракта на основе рыночной стоимости этого контракта. Такие платежи не являются трансфертами в порядке компенсации стоимости, а скорее представляют собой оплату возросшего долгового обязательства, срок погашения которого истек. В странах, в которых установлен фиксированный "подозрительный" период по всем сделкам, совершенным после открытия производства по

90) Законодательство о несостоятельности должно признавать и охранять окончательный характер взаимозачета, зачета и урегулирования обязательств по финансовым контрактам в рамках систем платежей и расчетов при наступлении несостоятельности одного из участников этой системы.

91) Рекомендации 86–90 применяются ко всем сделкам, которые считаются "финансовыми контрактами", независимо от того, является ли один из контрагентов финансовым учреждением[77].

92) Определение понятия финансовых контрактов должно быть достаточно широким, чтобы охватывать существующее разнообразие финансовых контрактов и распространяться на новые виды финансовых контрактов по мере их появления. [Имеется в виду, что эти рекомендации не будут применяться к сделкам, не являющимся финансовыми контрактами, и что вопросы взаимозачета и зачета по таким сделкам будут регулироваться соответствующим законодательством общего характера.]

III. Участники

A. Должник[78]

1. Введение

361. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы к определению роли должника в ходе производства по делу о несостоятельности после его открытия, причем, как правило, проводится разграничение между ликвидационным и реорганизационным производством. Если предполагается, что предприятие продолжит коммерческие операции (либо в целях его продажи в качестве действующей хозяйственной единицы при ликвидации, либо в рамках реорганизационного производства), увеличивается необходимость того, чтобы должник в той или иной форме принимал участие в управлении предприятием. Должнику отводится также определенная роль в оказании помощи управляющему в деле о несостоятельности при выполнении его собственных функций и в связи с предоставлением информации о предприятии суду или управляющему в деле о несостоятельности. В дополнение к своим обязательствам должник обладает определенными правами по отношению к такому производству, например правом быть заслушанным, правом на доступ к информации и на сохранение движимого имущества. В целях обеспечения эффективности проведения производства, а также определенности для всех участвующих сторон желательно, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало четкие рамки прав и обязанностей должника.

делу о несостоятельности, на такой платеж может также распространяться действие положения о расторжении сделок.

[77] Даже если одной из сторон какого-либо конкретного финансового контракта не является финансовое учреждение, несостоятельность какого-либо контрагента может повлечь за собой системный риск.

[78] Поскольку законодательство о несостоятельности будет применяться к различным коммерческим предприятиям, будь то индивидуальные предприниматели, товарищества или компании в той или иной форме, вопрос о сохранении роли должника естественным образом связан с вопросами о роли администрации или владельцев предприятия должника, в зависимости от обстоятельств. Для удобства пользования в *Руководстве* говорится лишь о "должнике", однако предполагается, что использование этого термина, если это уместно, охватывает также администрацию и владельцев.

2. Продолжение функционирования предприятия должника и роль должника

a) Ликвидация

362. После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по ее защите не только от действий кредиторов (см. главу II.B), но также и от действий должника. По этой причине многие законы о несостоятельности лишают должника всех прав в отношении контроля над активами, а также управления и ведения коммерческой деятельности в процессе ликвидации и предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности, который принимает на себя все эти обязанности. Помимо полномочий, связанных с использованием активов и их отчуждением, такие обязанности могут включать право возбуждать и вести юридические действия в интересах имущественной массы и право получать все платежи, направляемые на имя должника. После открытия ликвидационного производства любая сделка, связанная с активами имущественной массы, включая передачу таких активов, на которую не дано разрешения управляющим в деле о несостоятельности, судом или кредиторами (в зависимости от конкретных требований законодательства о несостоятельности), будет, как правило, считаться недействительной (или, согласно некоторым законам, подлежащей расторжению), а переданные активы (или их стоимость) будут подлежать возвращению в интересах имущественной массы (см. главу II.E.7, II.F.8).

363. Для тех случаев, когда установлено, что наиболее эффективным средством ликвидации имущественной массы является продажа предприятия в качестве действующей хозяйственной единицы, в некоторых законах предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен осуществлять надзор и общий контроль за осуществлением коммерческих операций, а должнику разрешается продолжать выполнять свои обязанности и оказывать консультативные услуги управляющему в деле о несостоятельности в целях повышения стоимости имущественной массы и содействия продаже активов. Такой подход может оказаться оправданным с учетом детальной осведомленности должника относительно функционирования его предприятия и соответствующего рынка или отрасли, а также с учетом его сохраняющихся отношений с кредиторами, поставщиками и клиентами.

b) Реорганизация

364. Применительно к реорганизационному производству не существует единого мнения о том, в какой мере отстранение должника наиболее целесообразно, а если такое отстранение в той или иной степени производится, о возможном сохранении роли должника и о том, в какой степени его функции будут соотноситься с функциями других участников. Сохранение таких функций может в значительной степени зависеть от добросовестного поведения должника в ходе процесса реорганизации; если же поведение должника не является добросовестным, целесообразность сохранения его функций представляется сомнительной. Это также может зависеть от наличия сильного независимого режима управления, при котором можно решить проблему некомпетентного или корыстного поведения. В некоторых случаях преимущества сохранения его функций может также зависеть от того, было ли производство добровольно возбуждено должником или открыто по заявлению кредиторов. В последнем случае должник может не идти на сотрудничество или даже проявлять враждебное отношение до такой степени, которая сделает продолжение его участия бессмысленным. Решение по вопросу о том, какой подход выбрать, может зависеть от многих факторов, включая местную корпоративную культуру, роль банков, наличие эффективных корпоративных режимов управления, эффективность учреждений, занимающихся вопросами несостоятельности,

уровень надзора, который обеспечивают суды или который от них требуется, эффективность и доступность судов, а также то, насколько стимул открыть дело о несостоятельности является важной целью для режима несостоятельности.

i) Преимущества и недостатки сохранения функций должника

365. Сохранение функций должника связано с целым рядом потенциальных преимуществ. Во многих случаях должник будет непосредственно и детально осведомлен о своем предприятии и об отрасли, в рамках которой оно действует. Такая информация имеет особое значение в случае индивидуальных предприятий и мелких товариществ, что может послужить основанием для привлечения должника к принятию краткосрочных управленческих решений в повседневной деятельности предприятия в целях продолжения его функционирования. Это также может оказать помощь управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций с более глубоким и полным пониманием функционирования коммерческого предприятия должника. По аналогичным причинам положение должника зачастую позволяет ему предложить план реорганизации. В подобных обстоятельствах, несмотря на роль должника в возникновении финансовых трудностей предприятия, его полное отстранение может не только ликвидировать стимул к предпринимательской деятельности и принятию рисков в целом, а для должников – начинать процедуру реорганизации на раннем этапе, но также снизить шансы на успешное проведение реорганизации.

366. Желательность сохранения определенных функций за должником потребуется, вероятно, взвесить с учетом ряда возможных недостатков. Кредиторы могут испытывать недоверие к должнику в результате финансовых трудностей предприятия (или той роли, которую должник, возможно, сыграл в возникновении таких трудностей), и для успешного проведения реорганизации потребуется восстановить это доверие. Если должнику будет разрешено продолжить управление предприятием без достаточного контроля над осуществлением его полномочий, то это может не только усилить недоверие, но и вызвать еще больший антагонизм со стороны кредиторов. Эффективность корпоративных режимов управления и реакция должника на этот режим являются фактором, способным повлиять на мнение кредиторов в данном вопросе. В случаях, когда эффективные корпоративные режимы управления отсутствуют, кредиторы могут предпочесть назначение управляющего в деле о несостоятельности вместо должника или установление серьезного контроля над деятельностью должника.

367. Система, которая считается уделяющей чрезмерно пристальное внимание вопросам защиты должника, может привести к потере заинтересованности кредиторов в процедурах и нежеланию участвовать в них, что в свою очередь может затруднить осуществление контроля над деятельностью должника, если в законодательстве о несостоятельности эта роль отводится кредиторам. Такой подход может также способствовать возникновению тяжб в связи с производством по делу о несостоятельности, что увеличит затраты и задержки. Должник может преследовать свои собственные цели, входящие в противоречие с целями режима о несостоятельности и в особенности с задачей максимального увеличения сумм, возвращаемых кредиторам. Основная цель должника может, например, состоять в том, чтобы обеспечить сохранение контроля над предприятием, а не в максимальном повышении стоимости в интересах кредиторов. Кроме того, успех реорганизации может зависеть не только от осуществления изменений, с которыми должник, возможно, не пожелает согласиться, но также от информированности и опыта должника в вопросах применения законодательства о несостоятельности в целях преодоления своих финансовых трудностей. Необходимо также учитывать еще один фактор, связанный с тем, было ли производство по делу о несостоятельности открыто по

заявлению должника или кредиторов (в последнем случае должник может испытывать враждебность по отношению к кредиторам).

368. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности применительно к функциям должника проводится разграничение между периодом с момента открытия производства до утверждения плана реорганизации, с одной стороны, и периодом после его утверждения, с другой стороны. В отношении первого периода в законодательстве предусматриваются конкретные правила, касающиеся способности должника осуществлять на повседневной основе управление и контроль над предприятием, а также назначения независимого управляющего в деле о несостоятельности. В период после утверждения плана действие ограничений, применимых в отношении функций должника по контролю над предприятием и управлению им, могут быть приостановлены, и на должника возлагается ответственность за осуществление утвержденного плана.

369. Для обеспечения сбалансированности этих противоречивых соображений в процессе реорганизации в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. Такие подходы могут предусматривать различные меры: от полного отстранения должника и назначения управляющего в деле о несостоятельности, с одной стороны, до сохранения за ним функций по контролю над предприятием при минимальном надзоре, с другой стороны. Промежуточные подходы предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления некоторых надзорных функций, а также сохранение существующей администрации. Выбор между этими различными подходами имеет значение для структуры режима несостоятельности и в особенности для баланса, который должен быть достигнут между различными участниками, а также для того, в какой степени система сдержек и противовесов, обеспечиваемая судом или кредиторами, будет применяться.

ii) Подходы к сохранению роли должника

– Полное отстранение должника

370. Этот подход основан на такой же процедуре, что и в случае ликвидации, т. е. на полном отстранении должника от контроля над предприятием и назначении управляющего в деле о несостоятельности для выполнения функций должника по управлению предприятием. Однако, как указывалось выше, полное отстранение должника может привести к нарушению нормального функционирования предприятия и иметь отрицательные последствия для продолжения его операций в критический момент, когда речь идет о его существовании.

– Надзор за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности

371. Промежуточные подходы предусматривают различные варианты распределения контроля между должником и управляющим в деле о несостоятельности. Такие подходы, как правило, предусматривают определенную степень надзора за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности, например, когда последний осуществляет общий надзор за деятельностью должника и утверждает имеющие важное значение сделки, в то время как должник продолжает обеспечивать функционирование предприятия и принимает решения на повседневной основе. Такой подход, возможно, потребуется подкрепить достаточно четкими правилами для обеспечения ясности в вопросах распределения ответственности между управляющим в деле о несостоятельности и должником, а также определенности относительно порядка проведения реорганизации. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности, например, указывается, что определенные сделки, такие как

принятие новых долговых обязательств, передача или залог активов и предоставление прав на использование имущества, образующего имущественную массу, могут проводиться без согласия управляющего в деле о несостоятельности или суда, если они осуществляются в рамках обычных операций предприятия. Если же они осуществляются вне рамок обычных коммерческих операций, то требуется их согласие. Дополнительным средством надзора за деятельностью должника и его сделками может быть контроль за движением наличности на предприятии должника.

372. Если должник не соблюдает ограничений и заключает контракты, требующие согласия, без предварительного получения такого согласия, то в законодательстве о несостоятельности, возможно, следует рассмотреть вопрос о действительности таких сделок и предусмотреть надлежащие санкции за поведение должника. Если законодательство какой-либо страны о несостоятельности, например, предусматривает, что в таких случаях суд может полностью прекратить производство по делу, то уместность такого средства правовой защиты зависит не только от того, было ли производство открыто по заявлению должника или кредиторов (должник не должен иметь возможность своим несоблюдением закона о несостоятельности или решений суда сорвать производство, начатое по заявлению кредиторов), но и от того, что в большей степени отвечает интересам всех сторон, вовлеченных в производство, а также от наличия других механизмов в законодательстве о несостоятельности для принятия мер против подобного поведения должника (включая возможность превращения реорганизационного производства в ликвидацию).

373. Законодательства о несостоятельности, в которых содержится перечень сделок, требующих согласия, устанавливают относительно четкое распределение ответственности между должником и управляющим в деле о несостоятельности или судом. В законодательстве ряда стран предусматривается также, что управляющий в деле о несостоятельности может осуществлять более жесткий контроль над имущественной массой и повседневным управлением коммерческим предприятием, если это необходимо для защиты имущественной массы в каждом отдельном случае. Надлежащими обстоятельствами могут быть случаи, когда имеются доказательства в отношении недостаточной подотчетности должника или когда имеет место плохое управление или незаконное присвоение активов должником. При возникновении таких обстоятельств было бы желательно разрешить смещение должника судом по собственной инициативе, или по инициативе управляющего в деле о несостоятельности, или, возможно, по инициативе кредиторов или комитета кредиторов.

374. Определенную роль в наблюдении за деятельностью должника по управлению предприятием и обеспечению эффективного выполнения должником таких функций могут играть кредиторы. Когда кредиторам отводится такая роль, возможно, следует предусмотреть меры, которые позволят предотвратить возможные злоупотребления со стороны кредиторов, пытающихся сорвать реорганизационное производство или необоснованно получить кредит. Необходимая степень защиты может быть обеспечена, например, с помощью требования о том, что для принятия кредиторами решения об отстранении должника или о расширении надзорных функций управляющего в деле о несостоятельности требуется надлежащее большинство голосов кредиторов.

375. Другим подходом к распределению полномочий между должником и управляющим в деле о несостоятельности является подход, применяемый в тех законодательствах о несостоятельности, в которых не оговариваются конкретно сделки, которые должник может осуществлять, однако в которых предусматривается право суда или управляющего в деле о несостоятельности

определять, какие юридические действия администрация может предпринять, получив соответствующее согласие, и какие действия она не может предпринимать. Обеспечивая определенную степень гибкости, такой подход может тем не менее побудить должников воздержаться от открытия производства по делу о несостоятельности по причине отсутствия ясности в отношении последствий открытия производства для их администрации и контроля над коммерческими операциями.

– Полный контроль со стороны должника

376. Еще один подход к решению вопроса о сохранении роли должника заключается в предоставлении должнику возможности сохранить полный контроль над функционированием предприятия, в связи с чем суд не назначает независимого управляющего после открытия производства (часто упоминается как "сохранение владения за должником"). Преимущества такого подхода могут состоять в повышении шансов на успешную реорганизацию, если на должника можно положиться в плане честного ведения коммерческих операций и способности заручиться доверием и сотрудничеством со стороны кредиторов.

377. Этот способ не лишен, однако, недостатков, в том числе связанных с тем, что он используется в ситуациях, когда ясно, что его использование, по всей вероятности, не приведет к успешным результатам; является попыткой отсрочить неизбежное, в результате чего продолжится распыление активов; сохраняет возможность безответственных или даже мошеннических действий со стороны должника в течение всего периода, когда за ним сохраняется контроль, что нанесет ущерб реорганизации и подорвет доверие кредиторов; и обеспечивает потенциальные конкурентные преимущества борющимся за выживание коммерческим предприятиям, если они способны получить дешевые кредиты по низким ставкам и другие льготы, которые помогут им снизить затраты по сравнению с уровнем их рыночных конкурентов. Некоторые из этих трудностей можно до некоторой степени преодолеть путем принятия определенных защитных мер, таких как установление требования о том, чтобы должник на регулярной основе представлял суду отчеты о ходе производства; предоставление суду права при определенных обстоятельствах назначать управляющего в деле о несостоятельности для надзора за должником; предоставление кредиторам существенных полномочий по надзору и контролю над должником; или обеспечение возможности преобразования производства в ликвидационное. Следует отметить, что при данном подходе проведение в жизнь утвержденного плана нередко возлагается на новое руководство предприятия должника, сменившее то, которое было в начале производства, в связи с чем некоторые из факторов, указанных выше, не будут иметь столь обязательного характера, как в том случае, если бы руководство предприятия должника оставалось неизменным на всем протяжении производства. Тем не менее подход, именуемый "сохранением владения за должником", является весьма сложным и требует тщательной проработки не только потому, что его успешное применение зависит от наличия жестких правил корпоративного управления и институционального потенциала, но также поскольку он затрагивает разработку ряда других положений режима несостоятельности (например подготовку плана реорганизации, осуществление полномочий по расторжению сделок, режим контрактов, получение кредитов после открытия производства), которые не рассматриваются детально в данном Руководстве.

3. Права должника

378. Для защиты прав должника, которые в некоторых странах рассматриваются в качестве основополагающих, и для обеспечения справедливого и беспристрастного производства и, возможно, что более важно, для содействия повышению доверия должника к процедурам несостоятельности желательно,

чтобы в законодательстве о несостоятельности были четко перечислены функции должника в рамках производства по делу о несостоятельности, а также его права применительно к проведению такого производства. Во многих странах права должника, являющегося физическим лицом, в рамках производства по делу о несостоятельности могут определяться в соответствии с такими международными и региональными договорами, как Международный пакт о гражданских и политических правах (1976 год) и Европейская конвенция по правам человека (1950 год).

– Право быть заслушанным, право на доступ к информации и право на сохранение личного имущества

379. По вышеуказанным причинам желательно предусмотреть право должника быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности и принимать общее участие в процессе принятия решений, что является неотъемлемым элементом такого производства, особенно реорганизационных процедур. Должник, в частности, должен иметь доступ к информации, касающейся хода производства, во всех случаях, однако особенно в том случае, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные возможности отстранения должника (будь то в рамках ликвидационного или реорганизационного производства) от управления и контроля над предприятием. Такой доступ к информации может иметь особое значение при реорганизации, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенную степень отстранения должника до утверждения плана реорганизации, однако требует, чтобы должник взял на себя ответственность за осуществление этого плана. Это может быть также уместно в том случае, если должник не участвует в выработке плана, с тем чтобы предоставить ему возможность высказать свое мнение о плане до того, как он будет представлен на утверждение. Как отмечалось выше, в главе II.A.3, если должник является физическим лицом, определенные активы, как правило, исключаются из имущественной массы, с тем чтобы должник мог сохранить свои личные права и права своей семьи, и поэтому в законодательстве о несостоятельности желательно четко предусмотреть право на сохранение таких исключенных активов.

380. Тем не менее могут возникать ситуации, когда осуществление или соблюдение этого права сопряжено с формальностями и расходами, препятствующими ходу производства и не приносящими при этом каких-либо выгод должнику. В том случае, например, если должник покинул пределы страны, где ведется производство, и отказывается отвечать или не отвечает на любые разумные попытки управляющего в деле о несостоятельности или суда установить контакт с ним, абсолютное требование о заслушивании может серьезно затруднить ход производства или сделать его вообще невозможным. Подобным образом в случае, если должник более не функционирует и не может быть заслушан в качестве такового или если акционеры и владельцы предприятия не будут участвовать ни в каком распределении в ходе производства, абсолютное требование о праве быть заслушанным не может служить никакой полезной цели. По этим причинам, хотя в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть, что должны быть предприняты все разумные усилия с тем, чтобы предоставить должнику возможность быть заслушанным, законодательство о несостоятельности, видимо, должно обеспечивать определенную гибкость в исключительных случаях с тем, чтобы избежать возникновения ситуации, когда требование о соблюдении этого права может неблагоприятно повлиять на ход производства.

4. Обязательства должника

381. Как уже отмечалось в отношении прав должника, в законодательстве о несостоятельности желательно четко определить обязательства должника

применительно к производству по делу о несостоятельности, включая, насколько это возможно, содержание и условия таких обязательств и кому каждое обязательство причитается. Обязательства должны возникать с открытием производства и продолжать оставаться в силе в течение всего хода производства. Эти обязательства необходимо будет согласовать с функциями должника в рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства, особенно в отношении управления и контроля над коммерческими операциями при реорганизации. Если, например, за должником сохраняется право контролировать коммерческие операции в рамках реорганизационного производства, обязательство по передаче контроля над активами, образующими имущественную массу, не будет подлежать применению.

a) Сотрудничество и помощь

382. В целях обеспечения возможностей для эффективного проведения производства по делу о несостоятельности в законодательстве некоторых стран о несостоятельности, где предусматривается частичное отстранение должника или установление надзора за его деятельностью, на него возлагается общее обязательство осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его обязанностей, а в некоторых законах – воздерживаться от действий, которые могут нанести ущерб проведению производства. Важным элементом обязательства по сотрудничеству является предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности осуществлять эффективный контроль над имущественной массой путем передачи ему контроля над активами, а также коммерческой и бухгалтерской документации. В случае, если активы должника находятся под юрисдикцией иностранного государства, должник не сможет передать контроль над этими активами, однако обязательство подразумевает сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности и помощь в возвращении указанных активов, находящихся за границей (см. главу VII о Типовом законе о трансграничной несостоятельности). Обязательство о сотрудничестве может также содержать требование об оказании должником помощи управляющему в деле о несостоятельности в подготовке списка кредиторов и их требований, а также списка должников самого должника (см. главу III.B.4).

b) Предоставление информации

383. Для содействия проведению тщательной независимой оценки коммерческих операций должника, в том числе его неотложных потребностей в ликвидных средствах и целесообразности финансирования после открытия производства, долгосрочных перспектив выживания предприятия и вопроса о том, отвечает ли администрация необходимым критериям для продолжения руководства предприятием, будет, как правило, требоваться информация, касающаяся должника, его активов и пассивов, финансового положения и состояния дел в целом. С тем чтобы обеспечить возможность проведения такой оценки как при ликвидации, так и при реорганизации, но в первую очередь при реорганизационном производстве и в тех случаях, когда предприятие планируется продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы в рамках ликвидационного производства, желательно, чтобы на должника было возложено постоянное обязательство предоставлять подробную информацию в отношении его коммерческих операций и финансовых дел за достаточно продолжительный срок, а не просто за период, непосредственно предшествующий открытию производства. Такая подробная информация может включать информацию, касающуюся активов и обязательств, доходов и выплат, перечни клиентов, прогнозы в отношении прибылей и убытков, подробные данные о движении наличности, информацию о конъюнктуре рынка, данные о тенденциях развития отрасли, информацию, которая, как считается, касается

причин финансового положения должника, раскрытие информации о предшествующих сделках, в которые были вовлечены должник или активы должника, включая те, которые могут быть расторгнуты на основании положений о расторжении сделок закона о несостоятельности, а также информацию, касающуюся неисполненных контрактов, сделок с участием аффилированных лиц и текущего судебного, арбитражного или административного производства, которое возбуждено против должника или участником которого является должник. Законодательство некоторых стран о несостоятельности содержит также требование о том, чтобы должник предоставлял информацию, касающуюся его кредиторов, и, как указывалось выше, готовил, часто в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, перечень кредиторов, на основании которого может быть проведена проверка их требований, а также перечень своих должников. Может быть также предусмотрено требование о том, чтобы должник периодически обновлял такой перечень по мере проверки требований и принятия решения о признании.

384. Хотя, возможно, и нет необходимости включать в законодательство о несостоятельности исчерпывающее описание той информации, которая должна предоставляться должником, подобный подход может оказаться полезным для предоставления рекомендаций относительно категорий информации, которая должна быть предоставлена. Поэтому в некоторых законах предусмотрены стандартные информационные бланки, в которых перечислена требующаяся информация. Они подлежат заполнению должником (причем предусматриваются надлежащие санкции за предоставление ложной или вводящей в заблуждение информации), или независимым лицом, или администратором.

385. Для того чтобы такую информацию можно было использовать для вышеуказанных целей, она должна быть актуальной, полной, точной и надежной и предоставляться в максимально сжатые сроки после открытия производства, при условии предоставления должнику времени, необходимого для сбора относящейся к делу информации. Если должник в состоянии исполнить это обязательство, то это может способствовать повышению уверенности кредиторов в способности должника продолжать руководить предприятием.

386. Описанный выше процесс выявления информации может быть главным условием ее окончательной полезности. Если, например, члены руководства предприятия должника отвечают за текущее финансовое положение должника, они могут не захотеть сообщить полные и надежные данные и раскрыть невыгодную для себя информацию (хотя уголовное законодательство многих стран предусматривает, что самообвиняющие показания не могут быть использованы в последующем уголовном судопроизводстве, что делается с целью поощрить добровольные признания). Соответственно, в дополнение к обязательствам должника о предоставлении информации было бы желательно, чтобы законодательство о несостоятельности наделило управляющих в деле о несостоятельности и кредиторов или комитет кредиторов соответствующим правом требовать и получать информацию от должника, предусмотрев соответствующие санкции на случай неполучения запрошенной информации. Обязательство должника может быть дополнено соответствующими мерами, которые могут включать назначение независимого эксперта или требование, чтобы сам должник (когда речь идет о физическом лице) или один или несколько директоров предприятия должника были представлены или присутствовали на главном заседании кредиторов с тем, чтобы отвечать на вопросы (за исключением случаев, когда это физически невозможно по географическим причинам).

c) Конфиденциальность

387. Часто информация, которая должна быть предоставлена должником, будет носить коммерчески чувствительный характер, являться конфиденциальной или связанной обязательствами перед другими лицами (например торговая тайна, перечень клиентов и поставщиков, информация об исследованиях и разработках), она может принадлежать либо должнику, либо какой-либо третьей стороне, но находиться под контролем должника. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало положения, предусматривающие защиту этих видов информации от злоупотребления со стороны кредиторов или других сторон, которые в состоянии воспользоваться ею в случае несостоятельности должника. Для того чтобы сбалансировать обязательство должника о неразглашении информации и его обязательство о предоставлении информации управляющему в деле о несостоятельности, суду или кредиторам, обязательство соблюдать конфиденциальность в отношении информации и не разглашать ее, возможно, следует применить в отношении сторон, связанных с должником, управляющих в деле о несостоятельности, кредиторов в целом, комитетов кредиторов и третьих сторон.

d) Вспомогательные обязательства

388. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности установлены дополнительные обязательства, которые являются вспомогательными обязательствами должника по отношению к его обязательству сотрудничать и оказывать помощь. К их числу может относиться, например, обязательство (относящееся либо к должнику –физическому лицу, либо к управляющим и директорам должника – юридического лица) не покидать их обычное место жительства без разрешения суда или управляющего в деле о несостоятельности или уведомить суд или управляющего в деле о несостоятельности, если они намерены или вынуждены покинуть это место жительства, предоставить всю свою переписку управляющему в деле о несостоятельности или суду и другие ограничения, затрагивающие личные свободы. В случае с должником – юридическим лицом, ограничения могут также распространяться на перенос штаб-квартиры этого юридического лица, и законодательство о несостоятельности может требовать получения согласия суда или управляющего в деле о несостоятельности. Такие ограничения могут иметь решающее значение для предупреждения попыток сорвать производство по делу о несостоятельности путем применения широко распространенной практики, когда должники покидают место своей деловой активности, а директора и управляющие уходят в отставку со своих постов после открытия производства. Если такие вспомогательные обязанности будут включены в законодательство о несостоятельности, то они должны соответствовать своим основополагающим целям, а также главной цели общего обязательства осуществлять сотрудничество; они могут быть также ограничены в результате применения соответствующих конвенций и соглашений по правам человека, как это отмечалось выше.

389. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что такие обязательства подлежат автоматическому применению, в то время как в законодательстве других стран предусматривается, что они могут быть применены по усмотрению суда, если будет сочтено, что они необходимы для управления имущественной массой. В некоторых законах проводится также разграничение между физическими и юридическими лицами: если должник является физическим лицом, ограничение может быть применено только по решению суда, однако если речь идет о юридическом лице, то ограничения могут быть применены автоматически, как, например, требование раскрытия переписки.

e) Привлечение специалистов для оказания помощи должнику

390. Для оказания помощи должнику в выполнении его обязанностей в рамках производства в целом законодательство некоторых стран о несостоятельности разрешает должнику привлекать по мере необходимости специалистов, таких как бухгалтеры, юристы, оценщики и другие специалисты, при условии получения соответствующего разрешения. В некоторых законах предусматривается, что такое разрешение дается управляющим в деле о несостоятельности, а в других законах эта функция возлагается на суд или кредиторов.

f) Неисполнение обязательств

391. Для случаев, когда должник не выполняет своих обязательств, в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какие меры надлежит принимать в случае такого невыполнения, принимая при этом во внимание разный характер обязательств и соответствующие санкции. Как указывалось выше, если должник не предоставляет информацию, уместно было бы использовать определенный механизм, позволяющий получить соответствующую информацию в принудительном порядке, например путем "публичного опроса" должника судом или управляющим в деле о несостоятельности. Для более серьезных случаев утаивания информации в ряде стран предусматриваются уголовные санкции. Аналогичные подходы могут применяться в случае нарушения других обязательств. При реорганизации можно применить метод ее преобразования в ликвидацию (см. главу IV.A.14) при условии, что это отвечает интересам кредиторов; в отдельных случаях продолжение реорганизации будет полностью отвечать интересам кредиторов, несмотря на отказ должника от сотрудничества или несоблюдение им других обязательств.

392. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть последствия действий, предпринятых в нарушение обязательств, и вопрос о том, следует ли рассматривать такие действия как недействительные. Например, контракты, заключенные должником после открытия производства, могут рассматриваться в контексте иска о расторжении сделки или в качестве несанкционированных сделок. Видимо, необходимо также принять во внимание стороны, против которых будут применены санкции в случае, когда речь идет о должнике – юридическом лице; например, это может быть любое лицо, которое можно в целом охарактеризовать как осуществляющее контроль над предприятиям должника, включая директоров и управляющих.

5. Ответственность должника

393. Если предприятие является платежеспособным, то должник, как правило, несет свои основные обязательства перед собственниками предприятия, а его отношения с кредиторами регулируются договорными механизмами. В то же время в случае наступления неплатежеспособности коммерческого предприятия это соотношение изменяется и кредиторы становятся сторонами, обладающими реальными финансовыми интересами в предприятии и несущими риск любых убытков, которые могут быть понесены при продолжении должником его коммерческих операций. Несмотря на такое изменение ориентации, действия и поведение владельцев и администрации коммерческого предприятия прежде всего регулируются правом и принципиальными подходами, находящимися за пределами режима несостоятельности. Законодательство о несостоятельности не следует использовать для устранения недостатков в другой области правового регулирования или для контроля над соблюдением принципов корпоративного управления, хотя законодательство некоторых стран о несостоятельности может предусматривать обязательства открывать производство по делу о

несостоятельности на раннем этапе возникновения финансовых трудностей (см. главу I.B). Если вследствие предпринятых в прошлом действий или поведения лиц, связанных с несостоятельным должником, кредиторам должника причиняются убытки или ущерб (например в результате мошенничества или безответственного поведения), в законодательстве о несостоятельности, в зависимости от режимов ответственности, применимых для мошенничества, с одной стороны, и небрежности, с другой, целесообразно предусмотреть возможность возмещения соответствующими лицами убытков или ущерба.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся должника, заключаются в следующем:

a) установить права и обязанности должника в ходе проведения производства по делу о несостоятельности;

b) рассмотреть возможные средства правовой защиты на случай невыполнения должником своих обязанностей;

c) рассмотреть вопросы, касающиеся управления предприятием должника в ходе производства о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Права

– Право быть заслушанным (см. рекомендацию 121)

– Право принимать участие и запрашивать информацию

93) Законодательство должно предусматривать, что должник имеет право принимать участие в производстве по делу о несостоятельности и получать информацию, относящуюся к производству о несостоятельности, у управляющего в деле о несостоятельности и у суда.

– Право сохранять имущество в целях сохранения личных прав должника

94) Если должник является физическим лицом, в законодательстве следует оговорить, что должник имеет право сохранять активы, исключенные из имущественной массы по закону[79].

Обязательства

95) В законодательстве должны четко оговариваться обязательства должника в отношении производства по делу о несостоятельности: какие обязательства должны возникнуть после открытия производства и сохраняться в течение всего хода производства. Ниже перечислено, что входит в обязательства должника:

a) сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций;

b) предоставлять точную, надежную и полную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел, которая [разумно] может быть запрошена судом, управляющим в деле о несостоятельности, кредиторами и/или комитетом кредиторов, включая перечень следующего[80]:

i) сделок, которые были заключены до открытия производства и в которых участвовал должник или были задействованы активы должника;

[79] См. главу II.A.

[80] При условии предоставления должнику достаточного времени для сбора необходимой информации.

ii) текущего судебного, арбитражного или административного производства, включая процедуру принудительного исполнения;

iii) активов, обязательств, доходов и расходов;

iv) должников и их обязательств;

v) кредиторов и их требований в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, а также пересматривать и обновлять этот перечень по мере проверки требований и признания или непризнания их;

c) [если управляющий в деле о несостоятельности назначен,] предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность взять на себя эффективный контроль над имущественной массой и содействовать или сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности в возвращении им активов или контроля над активами, составляющими имущественную массу, где бы они ни находились[81], а также коммерческой документацией;

d) в случае, если должник является физическим лицом, представить уведомление в суд, если он намеревается или вынужден покинуть свое обычное место жительства, а если должник является юридическим лицом, получить согласие суда или управляющего в деле о несостоятельности на перемещение штаб-квартиры должника.

Конфиденциальность

96) В законе следует предусмотреть защиту предоставленной должником[82] чувствительной коммерческой или конфиденциальной информации.

Роль должника при продолжении функционирования предприятия

97) В законе следует оговорить роль должника при продолжении функционирования предприятия во время производства по делу о несостоятельности. Для этого могут быть использованы различные подходы, включая следующие:

a) сохранение полного контроля над предприятием (сохранение владения за должником) при обеспечении надлежащих гарантий, включая различные уровни контроля над действиями должника и возможность отстранения должника в оговоренных обстоятельствах[83];

b) ограниченное отстранение, при котором должник может продолжать руководить предприятием на повседневной основе при условии надзора со стороны управляющего в деле о несостоятельности, и в этом случае в законодательстве должно быть оговорено разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности; или

c) полное отстранение должника от выполнения любых функций и назначение управляющего в деле о несостоятельности.

Санкции за несоблюдение обязательств

98) Законодательство должно предусматривать санкции за невыполнение должником своих обязательств в соответствии с законом.

---

[81] См. главу VII – Типовой закон о трансграничной несостоятельности и назначение иностранного представителя.

[82] Представляемая должником информация может включать информацию, контролируемую должником, а также информацию, владельцем которой является должник или третья сторона.

[83] Следует отметить, что такой вариант требует наличия развитой системы судебных органов и применения средств защиты, позволяющих отстранить должника при определенных обстоятельствах. См. более подробные разъяснения в главе III.A.2(b)(ii).

B. Управляющий в деле о несостоятельности

1. Введение

394. В законодательстве разных стран о несостоятельности используются различные термины для обозначения лица, несущего ответственность за управление производством по делу о несостоятельности, в том числе такие как управляющие, доверенные лица, ликвидаторы, контролеры, управляющие имущественной массой, кураторы, официальные или судебные управляющие или комиссары. В настоящем *Руководстве* термин "управляющий в деле о несостоятельности" используется для обозначения лица, выполняющего соответствующие функции, которые могут осуществляться в самом широком смысле без проведения разграничения между функциями, которые могут осуществляться в рамках различных видов производства. Управляющий в деле о несостоятельности может быть физическим лицом или, как это имеет место в некоторых правовых системах, корпорацией или другим самостоятельным юридическим лицом. Однако назначенный управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в обеспечении эффективного и действенного выполнения законодательства о несостоятельности, обладает определенными полномочиями в отношении должников и их активов, несет обязанность по защите активов и их стоимости, а также интересов кредиторов и сотрудников, и обеспечивает эффективное и беспристрастное применение закона. Поэтому крайне важно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел соответствующую квалификацию и обладал знаниями, опытом и личными качествами, которые бы обеспечивали не только эффективное и действенное ведение производства, но также и доверие к системе несостоятельности.

2. Квалификационные требования

395. Квалификационные требования, которые могут быть предъявлены к лицу, которое может быть назначено управляющим в деле о несостоятельности, могут различаться в зависимости от положений режима несостоятельности, касающихся роли управляющего в деле о несостоятельности (в том числе в зависимости от того, является ли производство ликвидационным или реорганизационным), и от степени надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности (и за ведением производства по делу о несостоятельности в целом) со стороны суда. Эти требования могут также различаться в зависимости от используемой процедуры назначения (см. ниже). Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение в качестве управляющего в деле о несостоятельности какого-либо должностного лица, рассматриваемые ниже конкретные квалификационные требования, как правило, не будут иметь отношения к такому назначению (хотя они могут применяться при найме такого должностного лица правительственным учреждением).

396. При определении квалификационных требований, соблюдение которых необходимо для назначения управляющего в деле о несостоятельности, желательно обеспечить определенный баланс между жесткими требованиями, которые позволяют назначить высококвалифицированного специалиста, но которые могут существенно ограничить круг специалистов, обладающих, как считается, надлежащей квалификацией, и увеличить расходы на производство, и требованиями, которые не являются достаточно высокими для гарантирования качества требуемых услуг. В случае нехватки специалистов надлежащей квалификации важным фактором в достижении необходимого баланса могут быть функции суда, связанные с назначением управляющего в деле о несостоятельности и осуществлении надзора.

a) Временный управляющий в деле о несостоятельности

397. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается судом на временной основе до открытия производства по делу о несостоятельности, то полномочия и функции такого лица, как правило, определяются судом. Если временный управляющий в деле о несостоятельности будет иметь те же полномочия и функции, что и управляющий в деле о несостоятельности, назначенный после открытия производства, то он должен обладать такими же квалификационными данными, а также нести такую же ответственность и получать вознаграждение по таким же ставкам, как и управляющий, назначенный после открытия производства.

b) Знания и опыт

398. С учетом сложности многих производств по делам о несостоятельности крайне желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел надлежащую квалификацию и был знаком с юридическими вопросами (не только в области законодательства о несостоятельности, но также в соответствующих отраслях торгово-промышленного и финансового права и права предпринимательской деятельности), а также обладал надлежащим опытом в коммерческих и финансовых вопросах, включая бухгалтерскую отчетность. Управляющий в деле о несостоятельности должен будет продемонстрировать свою компетентность в выполнении возложенных на него функций по целому ряду различных дел и обстоятельств, которые, скорее всего, будут спорными, включая как ликвидационные, так и реорганизационные процедуры, где сроки могут определяться на основании законодательства о несостоятельности, где придется находить баланс между коммерческими требованиями и правовыми соображениями и где существует необходимость служить интересам других, например кредиторов, а может быть, общественным интересам. Если требуются дополнительные или более глубокие специальные знания в рамках какого-либо конкретного дела, то они могут быть обеспечены за счет привлечения экспертов на основе найма. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности содержится также требование о том, чтобы лицо, назначаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности по какому-нибудь конкретному делу, обладало опытом и квалификацией, необходимыми в этом деле, такими как знания о конкретных коммерческих операциях должника, его активах и типе рынка, на котором он функционирует.

c) Обеспечение надлежащей квалификации

399. Для обеспечения надлежащей квалификации управляющего в деле о несостоятельности применяются различные подходы, включая требование о наличии определенной профессиональной квалификации и сдаче экзаменов, лицензирование, если система лицензирования действует под контролем определенного правительственного учреждения или профессионального органа, специализированные курсы подготовки и сертификационные экзамены, требования в отношении наличия определенного опыта (как правило, выражающееся в определенном количестве лет) в соответствующих областях, например в области финансов, торговли, бухгалтерского учета или права, а также в проведении производства по делу о несостоятельности. Могут также выдвигаться требования о непрерывном профессиональном образовании с тем, чтобы обеспечить знакомство с текущими событиями в соответствующих областях права и практики. В тех системах, которые предусматривают определенную форму лицензирования или профессиональной квалификации и членства в профессиональных ассоциациях, как правило, рассматриваются также вопросы о надзоре и дисциплинарной ответственности, и деятельность управляющего в деле о несостоятельности может регламентироваться судом, профессиональной ассоциацией, корпоративной регулирующей организацией

или другим органом согласно иному законодательству помимо законодательства о несостоятельности. Некоторые из таких систем являются относительно сложными, и их подробное рассмотрение выходит за рамки настоящего Руководства.

d) Личные качества

400. Было бы желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности помимо обладания надлежащими знаниями и опытом обладал определенными личными качествами, такими как честность и беспристрастность, и был хорошим руководителем. Соображения честности могут потребовать, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел хорошую репутацию, не имел судимостей, не был замешан в финансовых махинациях или, что важно для некоторых стран, ранее не объявлялся неплатежеспособным и не отстранялся от занимаемой должности в государственной администрации. Наличие одного такого факта, как правило, будет достаточным для снятия предложенной кандидатуры с рассмотрения для назначения.

e) Коллизии интересов

401. Одним из важнейших элементов этих качеств является то, что управляющий в деле о несостоятельности должен быть в состоянии продемонстрировать свою личную незаинтересованность, независимость от интересов экономического, семейного или иного характера. В этих целях желательно, чтобы законодательство о несостоятельности накладывало обязательство раскрыть существующие или возможные коллизии интересов, которые будут применимы к лицу, предложенному в качестве кандидата на должность управляющего в деле о несостоятельности при открытии производства, и к лицу, назначенному на постоянной основе на весь период производства. В законодательстве следует оговорить, кому должны быть раскрыты подобные обстоятельства, при этом возможны различия в зависимости от процедуры отбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности. Обстоятельства, составляющие коллизию интересов, различаются в разных законодательствах, равно как и последствия раскрытия коллизии на этапе открытия производства или на более поздней стадии.

402. Некоторые прежние или текущие взаимоотношения с должником могут явиться причиной коллизии интересов. Прежнее владение предприятием должника, прежние или текущие деловые отношения с должником (в том числе участие в сделке с должником, которая может стать объектом расследования в ходе производства по делу о несостоятельности, и то, что кандидат является должником или кредитором должника), отношения с кредитором должника, прежняя работа в качестве представителя или сотрудника должника и отношения с конкурентом должника могут явиться достаточным основанием для признания наличия коллизии интересов. В некоторых странах эта коллизия интересов может послужить основанием для того, чтобы воспрепятствовать назначению какого-либо лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности, или привести к дисквалификации назначенного лица с лишением права продолжать выступать в этом качестве. В других странах такое лицо тем не менее может быть назначено при условии сообщения информации о коллизии интересов на том основании, что такое сообщение лишь подтверждает его честность, и любая беспристрастность или утрата независимости может быть оценена путем сопоставления с раскрытыми обстоятельствами. Для того чтобы способствовать прозрачности, предсказуемости и целостности системы несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности желательно оговорить уровень взаимоотношений, в результате которых может возникнуть коллизия интересов. Право определять, существует ли в каком-то конкретном деле коллизия

интересов или основание для доказывания утраты независимости, как правило, предоставляется суду.

3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

403. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяется целый ряд различных подходов к вопросу о выборе и назначении управляющего в деле о несостоятельности. Управляющий в деле о несостоятельности может выбираться из различных профессиональных кругов, например из числа представителей предпринимательского сообщества, служащих какого-либо специализированного правительственного учреждения или из какой-либо частной коллегии квалифицированных специалистов (как правило, юристов, бухгалтеров или других специалистов). В некоторых юрисдикциях законодательство о несостоятельности предусматривает, что по всем делам о несостоятельности или по некоторым категориям дел о несостоятельности автоматически назначается конкретное должностное лицо (именуемое различным образом, например официальным распорядителем, официальным управляющим имущественной массой, официальным цессионарием). Во многих странах управляющий в деле о несостоятельности должен являться физическим лицом, однако в ряде стран предусматривается, что юридическое лицо также имеет право назначения при соблюдении определенных требований, например требований о том, что лица, которые будут выполнять соответствующую работу от имени юридического лица, будут обладать надлежащей квалификацией, а деятельность самого такого юридического лица подпадает под регулирование.

a) Выбор и назначение судом

404. Во многих юрисдикциях управляющий в деле о несостоятельности выбирается и назначается судом, который также осуществляет надзор за его деятельностью. Выбор может производиться по усмотрению суда из списка специалистов, обладающих надлежащей квалификацией, а также может осуществляться путем ссылки на реестр специалистов, или на основе ротации, или же каким-либо другим способом, например по рекомендации кредиторов или должника. Одним из возможных недостатков реестровой системы, хотя она и обеспечивает справедливое и беспристрастное распределение дел, заключается в том, что она не может обеспечить назначение лица, обладающего наилучшей квалификацией для ведения конкретного дела. Это, конечно, может зависеть от порядка составления реестра и от квалификационных требований, предъявляемых к специалистам по делам о несостоятельности для включения в этот список. Такой недостаток не может считаться существенным, если имущественная масса не имеет достаточного количества активов для оплаты административных расходов.

b) Независимые органы, ведающие назначениями

405. В некоторых юрисдикциях выбор управляющего в деле о несостоятельности осуществляется по поручению суда независимым органом или учреждением, на которое возложены функции по общему руководству деятельностью всех управляющих в делах о несостоятельности. Преимущества такого подхода могут быть связаны с тем, что он позволяет независимому органу, ведающему назначениями, выбирать управляющего из числа специалистов, обладающих надлежащим опытом и знаниями для ведения дел с учетом конкретных обстоятельств, включая характер коммерческих операций или другой деятельности должника; категории активов; рынок, на котором действует или действовал должник; специальные знания, необходимые для того, чтобы разобраться в делах должника; или с учетом других особых обстоятельств. Использование независимого органа, ведающего назначениями, будет зависеть от существования надлежащего органа или учреждения,

обладающего как ресурсами, так и инфраструктурой, необходимыми для выполнения требуемых функций; в противном случае потребуется создать соответствующий орган или учреждение.

c) Роль кредиторов

406. Еще один подход позволяет кредиторам играть определенную роль в представлении кандидатур и выборе управляющего в деле о несостоятельности, который может быть назначен при условии, что данное лицо отвечает квалификационным требованиям для работы в этом качестве в данном конкретном случае. Подходы, которые предполагают привлечение независимого органа, ведающего назначениями, и комитета кредиторов, могут способствовать устранению подозрений в предвзятости и облегчению бремени по осуществлению надзора, которое возложено на суды. Еще один подход позволяет должнику назначить управляющего в деле о несостоятельности в тех случаях, когда реорганизационное производство было открыто по инициативе должника. Такой подход предусматривает возможность проведения обсуждений между должником и другими сторонами, такими как обеспеченные кредиторы, до открытия производства для ознакомления потенциального управляющего с делами предприятия, а также позволяет должнику выбрать такого управляющего в деле о несостоятельности, который, по его мнению, может наилучшим образом провести реорганизацию. Тем не менее в данном случае могут возникнуть сомнения в независимости управляющего в деле о несостоятельности. Такую проблему можно решить, предоставив кредиторам право в соответствующих обстоятельствах заменить управляющего в деле о несостоятельности, назначенного должником.

4. Надзор за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности

407. В дополнение к требованиям, предъявляемым к квалификации и личным качествам кандидата при назначении, в отдельных случаях может предусматриваться осуществление надзора за выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций (и проявлением указанных выше качеств) через использование положений законодательства о несостоятельности и наделение участников соответствующими функциями. [232] В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы, например к вопросу о взаимоотношениях между управляющим в деле о несостоятельности и судом и, в частности, к вопросу о разграничении их полномочий, а также в отношении роли, которую могут играть кредиторы в осуществлении надзора за некоторыми решениями управляющего в деле о несостоятельности и по другим проблемам, таким как вознаграждение и даже отстранение от должности. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности будет, как правило, иметь наиболее полную информацию о положении должника, он зачастую находится в наилучшем положении для принятия обоснованных решений относительно ведения производства по делу о несостоятельности. Тем не менее это не означает, что управляющий в деле о несостоятельности может заменить собой суд. Прежде чем принять некоторые решения, управляющий в деле о несостоятельности, возможно, будет должен уведомлять суд или кредиторов или на регулярной основе информировать суд и кредиторов в отношении некоторых видов деятельности; а суд, как правило, будет должен вынести решения по спорам, возникающим из ведения производства, и утверждение судом часто является необходимым на различных этапах производства. Даже в странах, где суды играют менее значительную роль в делах о несостоятельности, существуют определенные ограничения в отношении объема полномочий, обычно предоставляемых управляющему в деле о несостоятельности.

5. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

408. В законодательстве разных стран о несостоятельности нередко оговариваются обязанности и функции, которые будет выполнять управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства, поэтому в законодательстве о несостоятельности важно предусмотреть наделение управляющего в деле о несостоятельности надлежащими полномочиями, необходимыми для эффективного и действенного выполнения им своих обязанностей и функций. Хотя некоторые из упомянутых ниже обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности, возможно, имеют большее отношение к ликвидационному, чем к реорганизационному производству, обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности в отношении ведения производства, а также сохранения и защиты имущественной массы могут включать перечисленные ниже. Этот перечень не претендует на то, чтобы быть исчерпывающим, и в некоторых случаях различные функции могут частично совпадать друг с другом или могут не относиться к делу из-за структуры законодательства о несостоятельности:

i) незамедлительное взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу, и коммерческой документации должника;

ii) выполнение функций представителя имущественной массы;

iii) получение финансирования после открытия производства;

iv) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках текущего судебного, арбитражного или административного разбирательства;

v) принятие всех необходимых мер для защиты и сохранения активов, образующих имущественную массу, и коммерческого предприятия должника, включая предотвращение несанкционированного распоряжения такими активами и осуществление полномочий по расторжению сделок в целях возвращения активов, распоряжение которыми производилось ненадлежащим образом в ущерб интересам кредиторов;

vi) регистрация прав имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении добросовестных приобретателей);

vii) назначение бухгалтеров, юристов и других специалистов, помощь которых может потребоваться управляющему в деле о несостоятельности для выполнения его функций, и выплата им вознаграждения;

viii) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода), в том числе проведение опроса должника и любого третьего лица, поддерживающего деловые отношения с должником;

ix) изучение контрактов, которые еще не исполнены в полном объеме, с целью принятия решения о продолжении или отказе от продолжения их выполнения;

x) решение вопросов, касающихся работников, а также их прав и причитающихся выплат, включая пенсионные права;

xi) при ликвидации – продажа активов, образующих имущественную массу;

xii) проверка и признание требований, а также ведение обновляемого списка проверенных и признанных требований;

xiii) периодическое предоставление суду и кредиторам подробной информации относительно ведения производства. Такая информация должна включать, например, подробные данные об активах, проданных за соответствующий период, ценах реализации, расходах на продажу и другую информацию, которая может быть затребована судом или обоснованно запрошена комитетом кредиторов; сведения о поступлениях и выплатах; активах, остающихся в управлении;

xiv) участие в собраниях кредиторов;

xv) управление коммерческим предприятием в ходе реорганизации и ликвидации, если предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

xvi) при реорганизации – подготовка или помощь в подготовке плана реорганизации или доклада о причинах невозможности реорганизации (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);

xvii) осуществление надзора за утверждением плана реорганизации и, если требуется, осуществление такого плана;

xviii) распределение дохода от реализации имущественной массы при ликвидации и ликвидация имущественной массы оперативным и эффективным образом и в полном соответствии с интересами различных сторон, участвующих в деле;

xix) представление суду или кредиторам (в зависимости от требований) окончательного доклада и финансового отчета об управлении имущественной массой;

xx) решение любых других вопросов, которые могут быть переданы на рассмотрение управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или определены судом.

409. Помимо таких конкретных обязанностей и функций законодательство о несостоятельности нередко возлагает на управляющего в деле о несостоятельности определенные общие обязательства. Такие обязательства могут включать обязательство добиваться максимального повышения стоимости и обеспечивать сохранность имущественной массы в деле о несостоятельности, а также обязанность добиваться наилучшей реально возможной цены при продаже активов, образующих имущественную массу.

410. Если при реорганизации предусматривается сохранение владения за должником, а управляющий в деле о несостоятельности не был назначен, то многие из этих функций будут выполняться должником при различных степенях надзора со стороны суда и кредиторов.

6. Конфиденциальность

411. Выше уже указывалось на необходимость возложить на должника обязательство соблюдать конфиденциальность. В законодательстве о несостоятельности, возможно, также было бы целесообразно предусмотреть возложение обязанности соблюдать конфиденциальность на управляющего в деле о несостоятельности, поскольку значительная часть информации, которая будет получена в отношении состояния дел должника, будет носить коммерчески чувствительный характер, являться конфиденциальной и связанной с обязательствами перед третьими лицами (например данные, составляющие коммерческую тайну, информация об исследованиях и разработках и информация о клиентах), и такая информация не должна подлежать разглашению третьим сторонам, которые смогут получить в результате

использования этой информации несправедливую выгоду. В случае, если эта информация должна быть раскрыта кредиторам, на этих кредиторов должно распространяться такое же обязательство о соблюдении конфиденциальности, как и на управляющего в деле о несостоятельности. Соблюдение конфиденциальности может иметь особое значение, если управляющий в деле о несостоятельности обладает полномочиями принуждать должника к раскрытию информации и документов в ходе его опроса. Такая информация, возможно, частично поступает от третьих сторон и подпадает под действие положений об обеспечении конфиденциальности и защите тайны, например положений, применимых в отношении банков. Желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел право использовать такую информацию только для целей производства по делу о несостоятельности, в контексте которого разрешается проводить опросы, если суд не примет иного решения. Эта проблема может также возникнуть в связи с предоставлением и получением информации в контексте уголовного производства против должника. Аналогичное обязательство соблюдать конфиденциальность должно возлагаться на агентов и сотрудников управляющего в деле о несостоятельности (см. раздел 8, ниже) и на другие стороны, которые могут быть определены по решению суда.

7. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности

a) Определение размеров вознаграждения

412. Помимо средств на возмещение надлежащих расходов, понесенных в процессе управления имущественной массой, управляющий в деле о несостоятельности будет иметь право на получение вознаграждения за свои услуги. Это вознаграждение должно соответствовать квалификации управляющего в деле о несостоятельности и задачам, которые он должен выполнять, а также обеспечивать баланс между риском и вознаграждением, с тем чтобы способствовать привлечению специалистов, обладающих надлежащей квалификацией. Для расчета размера вознаграждения используется целый ряд методов. Вознаграждение может устанавливаться на основе соответствующей шкалы гонораров, разработанной правительственным учреждением или профессиональной ассоциацией; определяться общим органом кредиторов, судом или каким-либо иным административным органом или судом специальной юрисдикции в каждом конкретном случае; основываться на том, сколько времени управляющий в деле о несостоятельности (и различные категории лиц, которые, вероятно, будут участвовать в работе по управлению в деле о несостоятельности – от конторских служащих до основного назначенного должностного лица) надлежащим образом затратил на управление имущественной массой; или оно может выражаться в виде определенного процента от стоимости активов, образующих имущественную массу и подлежащих реализации или распределению, или в качестве сочетания этих двух сумм (рассчитываемых в конце производства, когда активы проданы и их стоимость определена). Вознаграждение может устанавливаться в виде фиксированного процента и предусматривать возможность увеличения или уменьшения в зависимости от обстоятельств конкретного дела. В каждом из этих случаев законодательство о несостоятельности, как правило, предусматривает положение о возможном дополнительном расследовании по заявлению либо одной из сторон, либо третьего лица, либо самого управляющего в деле о несостоятельности, в зависимости от метода расчета. Такой подход будет иметь большое значение для обеспечения прозрачности. В то же время важно избежать положения, при котором сторона, обладающая правом выносить окончательное решение о размере вознаграждения, может таким образом повлиять на ведение производства.

i) Системы, основанные на затратах времени

413. Преимущество метода, основанного на затратах времени, заключается в том, что довольно часто на начальных этапах существует довольно высокая степень неопределенности относительно того, насколько сложной и ресурсоемкой окажется деятельность по управлению имущественной массой в каждом конкретном случае, по крайней мере до тех пор, пока не будет проведена определенная предварительная работа. Недостаток данного метода заключается в том, что хотя он, возможно, и будет способствовать обеспечению весьма тщательного управления, любая система, основанная на затратах времени, может также в некоторых случаях создавать стимулы для максимизации времени, затрачиваемого на управление имущественной массой без достижения соразмерного увеличения стоимости такой массы.

ii) Системы, основанные на комиссионных выплатах

414. Преимущество системы, основанной на комиссионных выплатах, по крайней мере с точки зрения кредиторов, заключается в том, что по меньшей мере определенная, а в лучшем случае – значительная часть возвращенных активов будет распределена среди них. Однако с точки зрения управляющего в деле о несостоятельности такой метод может оказаться недостаточно надежным способом расчета вознаграждения, поскольку объем работы, связанный с управлением имущественной массой, отнюдь не обязательно будет пропорционален стоимости активов, имеющихся в наличии для распределения. Такая система может также способствовать применению подхода "максимальная прибыль при минимальных расходах" и не обеспечивать достаточных стимулов для выполнения функций, которые не связаны непосредственно с увеличением прибылей кредиторов, например, таких как обязательство предоставлять отчеты как суду, так и кредиторам, и оказывать помощь регулирующим органам при проведении расследований дел должника и возможных случаев его неправомерного поведения. В случае очень крупных дел этот метод расчета может также приводить к тому, что из имущественной массы будут выплачиваться очень высокие гонорары, что может удерживать как кредиторов, так и должника от подачи заявлений.

iii) Участие кредиторов

415. В некоторых странах кредиторам (или комитету кредиторов) может отводиться определенная роль в установлении и утверждении размеров вознаграждения с учетом таких факторов, как сложность дела, характер и пределы обязанностей управляющего в деле о несостоятельности и эффективность их выполнения, а также стоимость и характер активов, образующих имущественную массу. Участие кредиторов может позволить преодолеть некоторые из указанных выше трудностей, поскольку кредиторы лучше осведомлены о существующих проблемах и имеют возможность участия в установлении и утверждении размеров вознаграждения. Размеры вознаграждения могут также периодически пересматриваться в процессе ведения производства, а любые возникающие проблемы будут рассматриваться и решаться, возможно, на основе арбитражного разбирательства или с использованием других форм урегулирования споров между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами.

416. В законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть достаточно ясный и прозрачный механизм установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, что позволит избежать споров и обеспечить необходимую определенность в отношении расходов на ведение производства по делу о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности желательно также признать первоочередность выплаты

вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности независимо от метода его расчета.

b) Средства платежа

417. Выплата вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности нередко является причиной жалоб со стороны необеспеченных кредиторов; поскольку необремененные активы зачастую оказываются основным источником имеющихся средств, выплата может привести к тому, что не останется средств для распределения среди таких кредиторов. Хотя было бы несправедливо делать вывод о том, что расходы на управление оказались чрезмерно высокими только потому, что они превысили стоимость имеющихся необремененных активов, которые используются для покрытия расходов на эти цели, распространенность случаев, когда необеспеченные кредиторы становятся свидетелями того, что большая часть или даже все имеющиеся активы идут на покрытие расходов на управление, а также осознание несправедливости при сравнении общих расходов на управление и стоимости возвращенных активов, свидетельствуют о необходимости тщательного рассмотрения этого вопроса. В отношении выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности могут применяться различные подходы. Так, например, если имущественная масса включает необременные активы, вознаграждение может выплачиваться за счет этих активов; с суммы активов может взиматься дополнительный сбор для оплаты расходов на управление или продажу таких активов, если управление или продажа оказались выгодными для кредиторов; дополнительный сбор может также взиматься с подающих заявку кредиторов для покрытия по крайней мере первоначальных расходов и выполнения основных функций; или же по обремененным активам могут производиться выплаты пропорциональной или определенной доли вознаграждения (см. главу VI. Приоритеты). Другой подход предусматривает выплату вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности из фонда, создаваемого государством для этой цели, причем этот подход может быть особенно целесообразным для случая, когда должники не имеют в своем распоряжении достаточных активов для покрытия расходов на управление имущественной массой (см. главу I.B.6)[84].

c) Пересмотр вознаграждения

418. В зависимости от порядка установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, возможно, будет желательно предусмотреть процесс пересмотра для решения проблем, возникающих вследствие неудовлетворенности самого управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов. Если размеры вознаграждения устанавливаются собранием кредиторов, суд, как правило, будет обладать полномочиями пересматривать установленную сумму по заявлению управляющего в деле о несостоятельности или определенной доли или определенного числа кредиторов, например кредиторов, представляющих 10 процентов выпущенного акционерного капитала или на которых приходится по меньшей мере 10 процентов или 25 процентов общего объема задолженности. Если размеры вознаграждения устанавливаются судом первой инстанции, то применяются различные подходы; в некоторых странах законодательство разрешает управляющему в деле о несостоятельности обжаловать такое решение, в других оно такого права не дает. Законодательство некоторых стран о несостоятельности также предусматривает, что должник не имеет права подавать заявление о пересмотре.

[84] Такой фонд может финансироваться из нескольких источников, например, таких как платежи, произведенные директорами предприятий должников, которые находятся в процессе ликвидации, увеличение пошлины за регистрацию заявлений о несостоятельности, требование о депонировании всех денежных сумм, вырученных от реализации в процессе ликвидации, на один общий счет с переводом процентов в пользу данного фонда, сборы за подачу ежегодной корпоративной отчетности.

Если требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности являлся членом какой-либо профессиональной организации или же имел соответствующую лицензию, то соответствующая профессиональная организация или лицензионное учреждение также может обладать полномочиями в отношении пересмотра гонораров, получаемых их членами, а также может предусматривать определенные неофициальные механизмы для урегулирования споров.

8. Ответственность управляющего в деле о несостоятельности

419. Большое значение для ведения производства по делу о несостоятельности имеют стандарты осмотрительности, которую должен проявлять управляющий в деле о несостоятельности, и его личная ответственность. Для установления критериев осмотрительности, усердия и квалификации, которые требуются от управляющего в деле о несостоятельности для выполнения его обязанностей и функций, необходимо, чтобы трудные обстоятельства, в которых оказывается управляющий в деле о несостоятельности, были приняты во внимание и сбалансированы с выплатой надлежащего вознаграждения и необходимостью привлечения квалифицированных специалистов для работы в качестве управляющего в деле о несостоятельности. Желательно также обеспечить сбалансированность между стандартом, который позволит обеспечить компетентное выполнение обязанностей управляющего в деле о несостоятельности, и стандартом, который является столь жестким, что открывает возможности для предъявления исков управляющему в деле о несостоятельности и влечет за собой увеличение стоимости его услуг. В законодательстве о несостоятельности следует учесть тот факт, что ответственность управляющего в деле о несостоятельности часто может предусматривать применение законодательства, не относящегося к несостоятельности, или, если управляющий в деле о несостоятельности является членом какой-либо профессиональной организации, могут быть использованы стандарты такой организации.

420. В соответствии со многими правовыми системами управляющий в деле о несостоятельности будет подлежать гражданско-правовой ответственности за ущерб, причиненный в результате злоупотребления властью или должностного преступления, хотя для установления необходимого стандарта применяются разные подходы. До некоторой степени принятые критерии будут зависеть от порядка назначения управляющего в деле о несостоятельности и от характера назначения (например, частный практикующий специалист в отличие от правительственного чиновника). Один из подходов может состоять в том, чтобы потребовать от управляющего в деле о несостоятельности соблюдения стандарта, который не является более жестким по сравнению со стандартом, который был бы применен в отношении должника при ведении его обычной коммерческой деятельности в состоянии платежеспособности, т. е. стандарта осмотрительного лица, находящегося в таком положении. В то же время в некоторых странах в подобных случаях может требоваться соблюдение более строгих стандартов осмотрительности, поскольку управляющий в деле о несостоятельности имеет дело не со своими активами, а с активами, принадлежащими другому лицу. В основе другого решения лежит расчет на то, что управляющий в деле о несостоятельности будет действовать добросовестно ради надлежащих целей. Еще один подход может основываться на критерии осторожности, применимом при установлении факта небрежности.

421. Один из способов урегулирования вопроса об ответственности за ущерб может состоять в принятии требования о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен предоставить гарантию или обеспечить страховое покрытие для возмещения утраты активов, составляющих имущественную массу, или возможного ущерба, понесенного в результате невыполнения им своих обязанностей. В ряде стран законодательство о несостоятельности требует

уплаты как гарантии, так и страхового покрытия, причем гарантия предназначена для возмещения одного вида ущерба, а страховое покрытие – для возмещения другого, в то время как в других странах требуется только страховое покрытие. В некоторых случаях объем требуемой гарантии определяется исходя из балансовой стоимости активов имущественной массы, а в других случаях требуемые объем гарантии и сумма страхового покрытия устанавливаются правилами соответствующей профессиональной ассоциации или регулирующего органа, или даже законодательством о несостоятельности. Дальнейшее различие между этими двумя подходами может относиться к процедуре подачи исков на возмещение убытков и к тому, имеются ли различия между исками на возмещение убытков за счет гарантии и за счет страхового покрытия. Однако не во всех странах предусматривается возможность предоставления гарантии и страхования личной ответственности, и здесь потребуются другие подходы. При урегулировании этого вопроса желательно добиться сбалансированности между сдерживанием стоимости услуг, предоставляемых управляющим в деле о несостоятельности, и распределением рисков процедуры несостоятельности среди участников, вместо того чтобы полностью перекладывать такое бремя на управляющего в деле о несостоятельности на основании возможности страхования личной ответственности.

422. Еще одной проблемой может стать личная ответственность управляющего в деле о несостоятельности по обязательствам, принятым в ходе обычного производства по делу о несостоятельности, особенно при реорганизационном производстве, таким как обязательства по текущим коммерческим операциям. Преимущества принятия подхода, который предусматривает личную ответственность управляющего в деле о несостоятельности, заключаются в том, что такой подход создает определенность для поставщиков должника и может служить в качестве препятствия для увеличения задолженности. Вместе с тем такой подход может служить отрицательным стимулом в случае, если риск личной ответственности будет намного превосходить вознаграждение, которое может быть получено. Одно из решений состоит в том, чтобы ответственность распространялась только на активы имущественной массы, а не на личные активы управляющего в деле о несостоятельности.

423. Еще одна проблема, связанная с ответственностью, относится к ответственности управляющего в деле о несостоятельности за неправомерные действия должника, которая зависит от степени контроля, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности в отношении деятельности должника. В соответствии с законодательством некоторых стран на управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период, когда контроль осуществляет управляющий, однако нежелательно, чтобы на управляющего в деле о несостоятельности возлагалась ответственность за действия должника, такие как экологический ущерб, которые были совершены до его назначения в качестве управляющего в деле о несостоятельности.

424. Если предъявлен иск управляющему в деле о несостоятельности в его официальной должности, видимо, следует тщательно рассмотреть вопрос о том, под юрисдикцию какого суда подпадает рассмотрение этого иска. Во избежание неопределенности и недоразумений, видимо, желательно обеспечить, чтобы рассмотрением иска занимался тот же суд, который назначил управляющего в деле о несостоятельности (если суд играет роль в подобном назначении).

9. Агенты и сотрудники управляющего в деле о несостоятельности

425. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности требуется разрешение суда для привлечения услуг бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов,

которые могут быть необходимы для оказания ему помощи в осуществлении его обязанностей. Согласно законодательству других стран, разрешение суда не требуется. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности установило определенные критерии в отношении найма таких специалистов с точки зрения их опыта, знаний и репутации, а также обеспечения того, чтобы их услуги использовались в интересах имущественной массы. Требования о необходимости раскрытия информации о коллизии интересов или обстоятельств, вызывающих утрату независимости, применимые в отношении управляющего в деле о несостоятельности, относятся также и к специалистам, нанятым или предложенным к найму управляющим в деле о несостоятельности, равно как и обязательства сохранять конфиденциальность.

a) Ответственность за действия или бездействие

426. Для тех случаев, когда в результате действий агентов и сотрудников управляющего в деле о несостоятельности наносятся убытки имущественной массе, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности за такие действия. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что сам управляющий в деле о несостоятельности не несет персональной ответственности за исключением случаев, когда он не обеспечивает надлежащего надзора в ходе выполнения своих обязанностей.

b) Вознаграждение

427. По вопросу об оплате услуг специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности, могут применяться различные подходы. В законодательстве некоторых стран содержится требование о том, чтобы сумма вознаграждения была утверждена судом по соответствующему ходатайству, в то время как согласно другому подходу может потребоваться утверждение органом кредиторов. Оплата услуг специалистов может осуществляться на периодической основе в ходе производства или быть отложена до его завершения. В том, что касается порядка оплаты услуг специалистов, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что выплата будет осуществляться управляющим в деле о несостоятельности с последующим возмещением затрат за счет имущественной массы; в соответствии с законодательством других стран такие специалисты выставляют административные требования в отношении имущественной массы.

10. Обжалование управления, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности

428. Основания, по которым кредиторы могут оспорить либо решения управляющего в деле о несостоятельности, либо осуществляемое им управление, а также те решения, которые могут быть подобным образом оспорены, должны быть прямо оговорены в законодательстве о несостоятельности. Основания для действий кредиторов согласно действующим законодательствам могут быть подразделены на две основные категории.

429. К первой категории относятся те законодательства, согласно которым кредиторам предоставляются определенные права в тех случаях, когда может быть доказано, что управляющий в деле о несостоятельности совершил какое-либо правонарушение. Это могут быть фактические противоправные действия, такие как присвоение средств или активов или получение согласия кредиторов с помощью ненадлежащих средств; процедурные ошибки, такие как необращение к кредиторам или комитету кредиторов за необходимым утверждением или несовершение иных действий, требуемых законодательством; или небрежность со стороны управляющего в деле о несостоятельности при исполнении своих

обязанностей. В некоторых правовых системах право кредиторов оспаривать действия управляющего в деле о несостоятельности ограничивается некоторыми, если не всеми, из перечисленных ситуаций.

430. Ко второй категории относятся те законодательства, которые предусматривают, как правило, в дополнение к основаниям, связанным с конкретными правонарушениями, что кредиторы могут оспорить (обычно в судах) любые решения, действия и бездействие управляющего в деле о несостоятельности, против которых они в индивидуальном порядке или коллективно возражают или с которыми они не согласны. Для удовлетворения подобного иска об оспаривании обычно будут требоваться основания, аналогичные вышеупомянутым, однако могут также потребоваться доказательства того, что решение, действие или бездействие противоречили интересам кредиторов. Чтобы не допустить ненадлежащего нарушения управления имущественной массой, в законодательстве о несостоятельности могут устанавливаться соответствующие ограничения, такие как корректировка критерия доказанности, которому должно отвечать заявление кредиторов для того, чтобы суд согласился с их возражениями, или защита определенных аспектов управления имущественной массой от возможности обжалования, например исключение действий, касающихся открытия производства по делу о несостоятельности.

431. Большинство законодательств наделяет суды рядом полномочий при рассмотрении жалоб на управление несостоятельным предприятием и вынесении постановлений о принудительном исполнении материальных прав кредиторов. На одном из уровней таких полномочий суд в связи с возражениями кредиторов может приказать управляющему в деле о несостоятельности совершить какое-либо конкретное действие или воздержаться от его совершения. Суд может также обладать полномочиями подтверждать, отменять или изменять решение управляющего в деле о несостоятельности или отстранять управляющего в деле о несостоятельности, будь то по прямому ходатайству возражающего кредитора или по инициативе самого суда (см. главу IV.B.9). В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности несет персональную ответственность за убытки, намеренно или по неосторожности причиненные кредиторам в результате исполнения им своих обязанностей. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что в подобных обстоятельствах суд может наложить денежный штраф на управляющего в деле о несостоятельности.

11. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности

432. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, разрешается отстранять управляющего в деле о несостоятельности при определенных обстоятельствах, к которым могут относиться случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности не выполнил или нарушил свои правовые обязанности, налагаемые законодательством о несостоятельности; продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность; не сообщил о коллизии интересов; допустил противоправное поведение; или по менее серьезным причинам, например, когда производство требует особой или другой компетенции, которой назначенный управляющий не обладает. Последнее может иметь место, например, когда производство преобразовано из ликвидации в реорганизацию, что требует квалификации, которой управляющий в деле о несостоятельности может не обладать, или в случае реорганизации по схеме сохранения владения за должником, где не требуется назначения управляющего в деле о несостоятельности. Согласно другим подходам предусматривается, что отстранение управляющего в деле о несостоятельности может быть осуществлено на основе решения суда, действующего по собственной инициативе или по ходатайству какой-либо

заинтересованной стороны, либо на основе решения, принятого соответствующим большинством голосов необеспеченных кредиторов. Какой бы подход ни был принят, отстранение выступает в роли санкции в отношении управляющего в деле о несостоятельности, и поэтому уместно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел право быть заслушанным и представить свою версию случившегося. В тех случаях, когда деятельность управляющего в деле о несостоятельности подлежит надзору со стороны профессионального или регулирующего органа, он может быть отстранен в результате расследования или рассмотрения его деятельности, что может повлечь за собой также отзыв лицензии или другого разрешения.

12. Замена управляющего в деле о несостоятельности

433. В случае отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности или наступления любого другого события, в результате которого управляющий в деле о несостоятельности оказывается неспособным исполнять свои обязанности, например в случае его смерти или серьезной болезни, нарушений или задержек в ходе производства, которые могут быть причинены неспособностью обеспечить преемственность в ходе производства, можно избежать с помощью правила, предусматривающего назначение преемника управляющего в деле о несостоятельности либо судом, либо кредиторами. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что суды должны также утверждать отставку управляющего в деле о несостоятельности, в то время как в законодательствах других стран такое положение отсутствует. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможность замены управляющего в деле о несостоятельности, возможно, следует урегулировать вопросы, связанные с его заменой или преемством в том, что касается правового титула или контроля (в зависимости от того, что применимо) в отношении активов, образующих имущественную массу (см. главу II.A), а также с передачей его преемнику отчетности, документации и другой информации, касающейся должника. В законодательстве о несостоятельности, возможно, следует также рассмотреть вопрос о действительности действий, предпринятых в ходе производства управляющим в деле о несостоятельности, который был заменен.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся управляющего в деле о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) определить квалификационные требования для назначения;

b) установить механизм для подбора и назначения;

c) оговорить полномочия и функции;

d) предусмотреть вознаграждение, ответственность, отстранение и замену.

Содержание законодательных положений

Квалификационные требования

99) В законодательстве следует оговорить квалификационные требования и личные качества лица, необходимые для его назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности, включая честность, независимость, беспристрастность, требуемые знания в соответствующей области коммерческого права и опыт в коммерческих и предпринимательских вопросах.

В законодательстве также должны быть оговорены основания, по которым лицо, предлагаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности, может быть признано неподходящим для назначения на эту должность.

Коллизия интересов

100) Законодательство должно содержать требование о раскрытии информации о коллизии интересов, потери независимости или об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или потере самостоятельности:

a) лицом, предлагаемым для назначения управляющим в деле о несостоятельности;

b) лицами, предложенными для найма управляющим в деле о несостоятельности или имущественной массой, включая специалистов.

101) В законодательстве должно быть оговорено, что обязательство о раскрытии информации, указанное в рекомендации 100, должно быть действительно в течение всего периода ведения производства о несостоятельности. В законодательстве должны быть оговорены последствия коллизии интересов или утраты независимости.

Назначение

102) Законодательство должно устанавливать механизм отбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности. Для этого могут использоваться различные подходы, включая назначение судом; назначение независимым органом по вопросам назначений; назначение на основании рекомендаций кредиторов или комитета кредиторов; назначение на основании рекомендаций должника; или назначение в силу закона, когда управляющим в деле о несостоятельности является правительственный орган или административное ведомство либо должностное лицо.

Вознаграждение

103) Законодательство должно устанавливать механизм расчета вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности и устанавливать приоритетный порядок выплаты такого вознаграждения.

Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

104) Законодательство должно оговаривать, что управляющий в деле о несостоятельности несет обязательство защищать и сохранять активы, составляющие имущественную массу. Законодательство должно оговаривать обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности относительно управления производством и сохранения и защиты имущественной массы.

Право быть заслушанным (см. рекомендацию 121)

Ответственность

105) В законодательстве должны быть оговорены последствия невыполнения или ненадлежащего выполнения управляющим в деле о несостоятельности своих обязанностей и функций согласно законодательству и возможная ответственность, возникающая в каждом конкретном случае.

Отстранение и замена

106) В законодательстве должны быть оговорены основания для отстранения управляющего в деле о несостоятельности и процедура отстранения. Такие основания могут включать следующее:

a) некомпетентность, невыполнение или отсутствие должной степени осмотрительности при выполнении своих полномочий и функций;

b) недееспособность;

c) отсутствие особой или специальной квалификации, требуемой по конкретному делу;

d) совершение незаконных деяний или противоправное поведение;

e) коллизия интересов или утрата независимости, оправдывающие отстранение; или

f) при изменении функций управляющего в деле о несостоятельности[85].

107) Законодательство должно устанавливать механизм отстранения управляющего в деле о несостоятельности, который бы отражал порядок, в результате которого управляющий в деле о несостоятельности был назначен, и предусматривать предоставление управляющему в деле о несостоятельности права быть заслушанным.

108) Для случаев смерти, отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности законодательство должно предусматривать механизм назначения его замены и оговаривать, потребуется ли утверждение преемника судом.

Управление имущественной массой, активы которой недостаточны для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности

109) Если законодательство предусматривает назначение управляющего в деле о несостоятельности для управления имущественной массой, активы которой недостаточны для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности, законодательство должно также устанавливать механизм назначения и вознаграждения такого управляющего.

C. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

1. Введение

434. После того как производство по делу о несостоятельности было открыто, у кредиторов возникает значительный интерес к коммерческим операциям должника. В целом можно говорить о том, что эти интересы защищены назначением управляющего в деле о несостоятельности, однако по ряду причин законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает прямое привлечение кредиторов к производству. В качестве стороны, наибольшим образом экономически заинтересованной в исходе производства, кредиторы могут утратить доверие к производству, в рамках которого ключевые решения принимаются без консультаций с ними лицами, которых кредиторы могут воспринимать как обладающих ограниченным опытом или знаниями в том виде коммерческой деятельности, которой занимается должник, или как утративших независимость, в зависимости от того, каким образом назначается управляющий. Положение кредиторов зачастую дает им хорошие возможности для предоставления консультаций и оказания помощи в том, что касается коммерческого предприятия должника, и для контроля над действиями управляющего в деле о несостоятельности, обеспечивая возможность проверки в отношении возможных злоупотреблений процедурой несостоятельности и чрезмерными административными расходами, а также в качестве средства для обработки и распространения информации. Желательность способствовать участию кредиторов должна уравновешиваться необходимостью обеспечения того, чтобы механизм участия кредиторов оставался эффективным и

[85] Например, при преобразовании ликвидационного производства в реорганизацию.

рентабельным, избегая при этом участия кредиторов в вопросах, которые не окажут воздействия на их интересы (хотя довольно сложно провести четкое разграничения между теми вопросами, которые могут оказать такое воздействие, и теми, которые его не окажут).

435. В случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает участие кредиторов в производстве, это участие может принимать различные формы. Согласно законодательству одних стран, оно включает только право быть заслушанным и участвовать в процедуре, в то время как согласно законодательству других стран, оно также включает право голосования по конкретным вопросам, консультирование управляющего в деле о несостоятельности по мере необходимости или по конкретным вопросам и другие функции и обязанности, определенные законодательством о несостоятельности, судами или управляющим в деле о несостоятельности.

2. Степень участия кредиторов в процессе принятия решений

а) Различная степень участия

436. Степень участия кредиторов в процессе принятия решения в рамках производства по делу о несостоятельности может быть различной, и законодательство о несостоятельности предусматривает целый ряд подходов и механизмов для участия кредиторов. Подход, допускающий лишь невысокую степень участия, отражен в тех положениях законодательства о несостоятельности, которые предусматривают, что все ключевые решения по неоспоримым общим вопросам управления принимает управляющий в деле о несостоятельности, а кредиторы играют при этом несущественную роль и обладают незначительным влиянием. Недостаточное участие кредиторов в такой модели можно уравновесить основными обязательствами управляющего в деле о несостоятельности, одно из которых заключается в защите стоимости имущественной массы, что в конечном счете отвечает интересам кредиторов в целом. Подобный подход может быть эффективным в тех случаях, когда назначается опытный управляющий в деле о несостоятельности, что позволяет избежать возможных задержек и затрат, связанных с руководством участия кредиторов, и когда система законов о несостоятельности обеспечивает высокую степень регулирования как самого производства, так и деятельности его участников.

437. В соответствии с другими подходами кредиторам предоставляются более широкие возможности для участия в производстве начиная от участия в первом заседании, где обсуждаются определенные вопросы, до исполнения на постоянной основе роли, которая может требовать от кредиторов только выполнения консультативной функции или утверждения определенных действий и решений управляющего в деле о несостоятельности. Эти действия и решения, как правило, касаются управления производством и вопросов, которые затрагивают интересы кредиторов и могут включать продажу важных активов, проверку требований, утверждение административных расходов и суммы вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, а также утверждение его итогового доклада и отчета по имущественной массе, и даже несение основной ответственности за выполнение некоторых административных функций. Кредиторы могут также осуществлять функции, касающиеся выбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности, а также иметь возможность добиваться в суде увольнения и замены управляющего в деле о несостоятельности за невыполнение им своих функций и обязанностей или за проявленную небрежность. Кредиторы могут также играть определенную роль в том, что касается обращения в суды с ходатайствами или рекомендациями относительно принятия соответствующих мер, например с рекомендацией о преобразовании ликвидации в реорганизацию или о возбуждении действий по расторжению сделок имущественной массой или кредиторами от имени

имущественной массы. Следует, однако, отметить, что при рассмотрении вопроса об объеме полномочий, которыми следует наделить кредиторов для возражения против действий или решений управляющего в деле о несостоятельности, практически неизбежно возникают определенные разногласия, особенно с учетом того, что от управляющего в деле о несостоятельности требуется выполнять свои функции в интересах всех кредиторов, и он может предпринимать действия, которые могут и не пользоваться поддержкой или одобрением отдельных кредиторов. В то же время в обычных условиях такое несогласие не будет являться для суда основанием для замены управляющего в деле о несостоятельности, а для кредиторов – основанием для предъявления исков к управляющему в деле о несостоятельности. До определенной степени различные подходы отражают различные культуры и традиции в области несостоятельности и в частности различные ожидания со стороны кредиторов по вопросу их участия в производстве по делу о несостоятельности. Тем не менее участие кредиторов все больше рассматривается в качестве важного элемента законодательства о несостоятельности, особенно для того чтобы уравновесить роль, отводимую другим участникам согласно закону, и в качестве важного средства защиты интересов кредиторов.

b) Участие в ликвидации и реорганизации

438. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности при установлении степени участия кредиторов проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией. В случае ликвидации, хотя в целом вмешательство в проводимые процедуры или участие в процессе принятия решений может и не иметь большого значения для кредиторов, они, как специалисты, могут быть ценным источником консультаций и информации относительного коммерческого предприятия должника, особенно в случае, когда его предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Было бы желательным предусмотреть направление кредиторам сообщений о ходе ликвидации с тем, чтобы обеспечить их доверие к производству, а также прозрачность процедур. Вместе с тем при реорганизации вклад кредиторов является и полезным, и необходимым, поскольку, как правило, именно они определяют, получит ли предлагаемый план реорганизации поддержку и будет ли он успешно реализован.

c) Механизмы, способствующие участию

439. Что касается механизмов участия, то законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает созыв общих собраний кредиторов в ключевые моменты производства, в то время как законодательство других стран предусматривает создание комитета (в котором кредиторы иногда представлены вместе с акционерами и, возможно, другими заинтересованными сторонами), состоящего из небольшого числа кредиторов (это число может быть оговорено в законодательстве о несостоятельности), для того чтобы способствовать участию в управлении имущественной массой. Первый подход наиболее полезен в случаях с небольшим числом кредиторов или когда кредиторы находятся в одном географическом регионе. Последний подход может больше подходить для случаев, когда речь идет о большом числе кредиторов или когда они расположены в различных регионах или даже странах. В тех случаях, когда назначается комитет, он должен иметь право действовать независимо от управляющего в деле о несостоятельности с тем, чтобы обеспечить справедливое и беспристрастное представительство интересов кредиторов.

440. Еще один подход заключается в том, чтобы предусматривать назначение (кредиторами или судом по ходатайству кредиторов) одного лица (называемого в законодательстве некоторых стран интервентом или инспектором), с тем чтобы

представлять некоторых кредиторов или их группы (например кредиторов, в руках которых находится по меньшей мере десять процентов долга). В законодательстве одной из стран приводится обоснование такого подхода, которое заключается в том, что он способствует более упорядоченному и своевременному участию кредиторов и позволяет избегать задержек и споров, которые возникали ранее. Такой представитель выполняет роль, аналогичную той, которую играет комитет кредиторов, выступающий от имени кредиторов, например для того, чтобы осуществлять наблюдение за управлением имущественной массой со стороны управляющего в деле о несостоятельности или со стороны должника, требовать проведения слушаний, возбуждать иски против должника, требовать предоставления информации по вопросам, затрагивающим интересы кредиторов, или требовать созыва собраний кредиторов. Согласно законодательству некоторых стран, кредиторы должны покрывать гонорары такого представителя с тем, чтобы избегать чрезмерных расходов за счет активов имущественной массы, в то время как законодательство других стран предусматривает, что эти гонорары должны выплачиваться за счет имущественной массы.

441. Для того чтобы сделать выбор между этими различными подходами, может потребоваться взвешенный учет таких факторов как время, стоимость, эффективность, прозрачность и демократичность. Подход, предусматривающий назначение управляющего, может оказаться более эффективным и рентабельным и привести к более упорядоченной процедуре с меньшим количеством споров, чем подход, предусматривающий создание комитета кредиторов. Однако последний подход может быть более прозрачным и представлять собой более демократичный способ представления интересов кредиторов. Еще одним фактором, имеющим отношение к делу, может быть наличие хорошо подготовленных специалистов в области ведения дел о несостоятельности и эффективной институциональной инфраструктуры для обеспечения процесса несостоятельности, а также повышение роли, которая может быть отведена кредиторам там, где ощущается нехватка этих специалистов или слабость институционального потенциала.

d) Поощрение участия кредиторов

442. Важный вопрос, который, возможно, потребуется рассмотреть в случае, если законодательство о несостоятельности допускает активное участие кредиторов в производстве, заключается в том, как преодолеть равнодушное отношение кредиторов к процедурам и стимулировать их участие в этих процедурах. Даже в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает их активное участие, кредиторы нередко придерживаются мнения о том, что такое участие не принесет им никакой пользы, особенно в тех случаях, когда маловероятно, что отдача кредиторам будет существенной, и когда их участие может фактически потребовать дальнейшего расходования времени и денежных средств. Эта общая обеспокоенность может быть до определенной степени устранена, если в законодательстве о несостоятельности будет достигнута общая сбалансированность различных интересов сторон, участвующих в производстве (см., например, главу III.A.2), и будут предусмотрены конкретные меры, касающиеся, например, выборов членов комитета кредиторов и определения функций, которые должен выполнять этот комитет (или все кредиторы, если нет комитета) (см. ниже), а также использование электронных средств для обеспечения связи и облегчения процедуры голосования, где это необходимо. Еще одна проблема, вызывающая обеспокоенность, может иметь отношение к возможной ответственности за участие в производстве, в особенности в качестве члена комитета кредиторов. Эта обеспокоенность может быть устранена путем предоставления

освобождения от ответственности, за исключением четко определенных обстоятельств, таких как обман или умышленное действие (см. ниже).

e) Потребность в информации и уведомлении

443. Для того чтобы кредиторы могли выполнять определенные функции, необходимо, чтобы они были обеспечены либо напрямую, либо через комитет кредиторов точной и обоснованной текущей информацией о коммерческих операциях и финансовом положении должника, а также получали уведомление относительно проблем, которые затрагивают их интересы или по которым им, возможно, придется принимать решение или предоставлять консультации. Проблемы конфиденциальности, как было указано выше в отношении должника и управляющего в деле о несостоятельности, в равной степени применимы к кредиторам и комитету кредиторов в тех случаях, когда они обеспечиваются такой информацией.

f) Обеспеченные кредиторы

444. В законодательстве о несостоятельности желательно определить, в какой степени обеспеченные кредиторы могут или должны участвовать в собраниях кредиторов или в работе комитета кредиторов, Как правило, обеспеченные кредиторы не представлены в комитете кредиторов, если они имеют полное или избыточное обеспечение долга. В этих случаях их интересы существенно отличаются от интересов необеспеченных кредиторов, и их способность участвовать в принятии решения кредиторами и, возможно, изменить его исход может оказаться не отвечающей интересам всех кредиторов. Признавая это расхождение интересов, законодательство некоторых стран о несостоятельности требует от обеспеченных кредиторов сдать свое обеспечение до того, как они смогут принять участие в производстве по делу и голосовать в качестве членов органа кредиторов. Однако в тех случаях, когда они не имеют достаточного обеспечения, существует большая вероятность того, что их интересы соединятся с интересами необеспеченных кредиторов, и их участие в комитете или в голосовании в органе кредиторов будет вполне уместным, по крайней мере в той степени, в которой их интересы не имеют достаточного обеспечения. В производствах, подобных реорганизации, обеспеченные кредиторы будут заинтересованы в переговорах с должником и другими сторонами, в частности в тех случаях, когда их права могут быть изменены согласно плану реорганизации или когда обремененные активы играют ключевую роль в успешной реализации плана.

3. Функции, подлежащие выполнению кредиторами

445. Как отмечалось выше, согласно законодательству о несостоятельности разных стран функции, подлежащие выполнению кредиторами, существенно различаются. В целом, для того чтобы определить, какими функциями должны быть наделены кредиторы, требуется рассмотрение общей структуры законодательства о несостоятельности, при этом необходимо обеспечить сбалансированный подход с учетом роли, которую играет суд, управляющий в деле о несостоятельности, должник и кредиторы, особенно в плане надзора и контроля.

446. В некоторых случаях кредиторы выполняют общую консультативную функцию, и управляющий в деле о несостоятельности может передавать на рассмотрение кредиторам любые вопросы, но любые решения, которые они принимают, не будут для него обязательными. Согласно законодательству других стран, кредиторы могут наделяться конкретными функциями в связи с ведением производства, которые могут включать в себя сотрудничество и координацию с управляющим в деле о несостоятельности. В обязанности управляющего в деле

о несостоятельности может входить проведение консультаций с кредиторами по вопросам, которые требуют принятия решения, или же полномочия по принятию решений могут быть возложены на кредиторов. В соответствии с другими функциями кредиторы должны осуществлять надзор за действиями и решениями управляющего в деле о несостоятельности. Ряд вопросов, в решении которых могут быть заинтересованы кредиторы, может включать в себя некоторые или все из нижеперечисленных аспектов: продолжение коммерческой деятельности предприятия при ликвидации; финансирование после открытия производства по делу; проверка требований; вознаграждение специалистам, включая управляющего в деле о несостоятельности; использование полномочий по расторжению контрактов; режим судебного разбирательства, в котором одной из сторон является должник в момент открытия производства; рассмотрение и утверждение плана реорганизации; назначение членов комитета или представителей кредиторов; надзор за действиями управляющего в деле о несостоятельности; распределение активов; и рассмотрение (и утверждение) итогового доклада и отчета управляющего в деле о несостоятельности.

447. Для случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности не связан решением кредиторов, законодательство о несостоятельности зачастую предусматривает, что в связи с определенными действиями управляющий в деле о несостоятельности должен запрашивать предварительное одобрение суда или что кредиторы могут обращаться в суд с ходатайством дать управляющему в деле о несостоятельности имеющие обязательную силу инструкции (или добиваться замены управляющего в деле о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности не выполняет свои обязательства или действует иным образом в ущерб кредиторам). В случае возникновения спора между кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности законодательство многих стран наделяет преимущественной силой решение, принятое на собрании кредиторов. Аналогичная цель преследуется в случае установления требования консультироваться с кредиторами по всем решениям, которые требуют одобрения суда.

448. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматривается право кредиторов возражать против действий или решений управляющего в деле о несостоятельности и когда управляющий в деле о несостоятельности не согласен с подобными возражениями или не принимает их, возможный порядок действий для кредиторов и применимые процессуальные требования и критерии доказательности в значительной мере зависят от тех функций, которыми наделяются кредиторы в соответствии с конкретным режимом несостоятельности.

449. В тех случаях, когда этот режим предусматривает, что действия или решения управляющего в деле о несостоятельности подлежат надзору или утверждению со стороны всех кредиторов или комитета кредиторов, может быть обеспечен высокий уровень защиты кредиторов. В то же время если такой надзор или необходимость утверждения лишь усложняют управление имущественной массой в деле о несостоятельности, то это может в конечном счете сказаться на стоимости и эффективности административных процедур. По этим причинам в режиме несостоятельности будет необходимо сбалансировать степень требуемого надзора или утверждения со стороны кредиторов (включая определение тех действий и решений, которые будут требовать утверждения, и процедуру получения такого утверждения) с обеспечением независимости управляющего в деле о несостоятельности, а также желательностью обеспечения оперативности и рентабельности при проведении производства по делу о несостоятельности. В режимах различных стран эти, возможно, противодействующие факторы сбалансированы по-разному. К числу других имеющих отношение к делу факторов, которые, возможно, потребуется принять во внимание, относится объем функций суда по надзору за производством и

деятельностью управляющего в деле о несостоятельности, а также способ, при помощи которого в режиме несостоятельности сбалансированы эти функции и участие кредиторов.

450. Какие бы функции ни выполняли кредиторы, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности было четко указано, должны ли кредиторы выполнять каждую из оговоренных функций или же некоторые функции могут выполняться по их усмотрению, а также порядок взаимодействия кредиторов с управляющим в деле о несостоятельности при выполнении этих функций.

4. Собрания кредиторов

451. Законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает выполнение кредиторами своих функций посредством общих собраний кредиторов. Как отмечалось выше (см. главу I.B), в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть требование об уведомлении кредиторов (будь то путем персонального уведомления, общего оповещения или с помощью каких-либо иных средств) об открытии производства по делу о несостоятельности, а также требование о включении в уведомление информации по ряду вопросов, которая может включать подробные сведения о первом собрании кредиторов, созываемом судом или управляющим в деле о несостоятельности в предписанные сроки после открытия производства (в примерах, включенных в законодательства о несостоятельности, отведенные сроки составляют от пяти дней до одного месяца со дня открытия производства). Согласно законодательству ряда стран о несостоятельности, первое собрание является единственным собранием всех кредиторов, которое будет созвано. Тем не менее не во всех странах законодательство о несостоятельности содержит требование о созыве такого собрания.

452. В тех случаях, кода законодательство о несостоятельности предусматривает проведение последующих собраний кредиторов, применяются различные подходы. Согласно законодательству некоторых стран, суд или управляющий в деле о несостоятельности может созывать дополнительные собрания для конкретных целей, тогда как законодательство других стран включает положение, предусматривающее возможность созыва таких собраний по специальному поводу кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности и, в некотором ограниченном числе случаев, должником, по мере необходимости. Если законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам созывать собрание, то оно может устанавливать определенные ограничения относительно сроков созыва собрания или условия, которые необходимо выполнить до его созыва. Эти условия могут включать истечение установленного периода времени с момента принятия определенных мер в рамках производства либо завершения определенных действий или выполнения решений управляющим в деле о несостоятельности или непринятия им необходимых действий. Законодательство некоторых стран также предусматривает, что созывать собрание вправе только те кредиторы, которые обладают оговоренной долей общего объема требований (например, десять процентов кредиторов по соотнесению к стоимости, кредиторы, которые обладают не менее чем 25 процентами от общего объема требований или по крайней мере 25 процентами необеспеченных требований). Согласно другому подходу, любой заинтересованной стороне предоставляется право обращаться в суд с ходатайством о созыве собрания кредиторов.

453. Желательно, чтобы все кредиторы обладали правом быть заслушанными по вопросам, которые предстоит обсудить на собрании кредиторов. Для тех случаев, когда требуется голосование кредиторов, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало право на голосование и

механизмы голосования, включая в частности положение о необходимости личного участия кредиторов в голосовании или возможность голосования по доверенности или с использованием других средств, например электронной почты или сети Интернет. Если список кредиторов должника включает определенные категории кредиторов, как, например, держателей государственных облигаций, необходимо предусмотреть специальные правила с тем, чтобы способствовать их участию в производстве, особенно в случае, если речь идет о большом числе таких кредиторов. Может быть уместно, например, разрешить, чтобы должным образом уполномоченные представители засчитывались в счет требований по участию в общем собрании кредиторов оговоренного числа или процентного соотношения кредиторов. Такой же подход можно применить и к требованиям относительно голосования; требования, предусматривающие личное участие и голосование, могут существенно затруднить производство по делу о несостоятельности в тех случаях, когда обязательства должника включают котируемые на бирже облигации.

454. Возможно, было бы также желательно предусмотреть, чтобы законодательство о несостоятельности разрешало кредиторам устанавливать правила, регулирующие проведение собраний кредиторов с тем, чтобы способствовать участию кредиторов и в тех случаях, когда это отвечает той роли, которую кредиторы призваны играть в ходе производства. Правила могут охватывать такие вопросы, как право на присутствие и участие, кворум, председатель и общее ведение собрания.

5. Комитет кредиторов

455. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, создание комитета кредиторов или выборы или назначение представителя кредиторов направлены на то, чтобы способствовать активному участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, будь то ликвидация или реорганизация. Комитет кредиторов или иная форма представительства кредиторов может и не потребоваться во всех делах о несостоятельности, но может оказаться уместным, когда, например, имеется очень большое число кредиторов, когда кредиторы имеют самые разные интересы или когда другие особенности данного дела указывают на желательность или необходимость данного подхода (например, в целях ограничения затрат времени и денежных средств). В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что кредиторы сами определяют, будут ли они назначать комитет или представителя, тогда как в законодательстве других стран предусматривается назначение комитета или представителя судом с тем, чтобы содействовать осуществлению надзора за действиями управляющего в деле о несостоятельности. При любом способе назначения комитет кредиторов должен быть способен действовать независимо от управляющего в деле о несостоятельности, чтобы гарантировать справедливое и беспристрастное представительство интересов кредиторов.

456. Если создается комитет кредиторов, то необходимо учесть, какая доля расходов комитета будет оплачиваться за счет имущественной массы; согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, кредиторы могут создавать неофициальные комитеты, которые формально не признаются ни судом, ни управляющим в деле о несостоятельности и расходы которых не возмещаются за счет имущественной массы, а должны оплачиваться кредиторами; законодательство других стран предусматривает, что расходы комитета кредиторов должны покрываться за счет имущественной массы. Этот вопрос о том, кто должен оплачивать расходы, тесно увязывается с ролью комитета, с тем, в какой степени комитет может выполнять функции, которые согласно законодательству о несостоятельности должны выполняться кредиторами, и с факторами, определяющими, следует ли создавать комитет при

ведении того или иного производства. В тех случаях, когда расходы должны покрываться за счет имущественной массы, желательно, чтобы суд обладал полномочиями по ограничению чрезмерных расходов.

a) Кредиторы, которые могут назначаться в состав комитета

457. В законодательстве о несостоятельности, предусматривающем создание комитета кредиторов, следует рассмотреть вопрос о том, какие кредиторы будут иметь право быть назначенными в этот комитет. Существуют различные подходы к этому вопросу. Например, в некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что членами комитета можно назначать только тех кредиторов, чьи требования признаны (судом или управляющим в деле о несостоятельности, в зависимости от процедуры признания), в то время как законодательство других стран предусматривает назначение временного комитета, в состав которого могут входить все кредиторы, пока не проверены и не признаны все требования. Законодательство ряда стран устанавливает ограничения с точки зрения местонахождения кредиторов, которые могут входить в состав комитета кредиторов. Однако для обеспечения равного статуса кредиторов желательно, чтобы право быть назначенными в состав комитета было предоставлено тем кредиторам, требования которых признаны лишь в предварительном порядке, и иностранным кредиторам.

458. Второй вопрос касается категорий кредиторов, которые могут быть представлены. Хотя комитеты кредиторов, как правило, представляют только необеспеченных кредиторов, в законодательстве некоторых стран признается, что возможны случаи, когда будет оправданным создание отдельного комитета обеспеченных кредиторов. Используемый в этих системах подход основывается на том факте, что интересы различных категорий кредиторов не всегда совпадают и что предоставление обеспеченным кредиторам возможности принимать участие в работе комитета и оказывать потенциальное воздействие на его решения не всегда может быть уместным и не всегда может отвечать наилучшим интересам других кредиторов. Однако признается также, что при определенных обстоятельствах, как указано выше [см. b)vi)], участие обеспеченных кредиторов будет уместным.

459. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается представительство обеих категорий кредиторов в одном и том же комитете. Суть этого подхода состоит в том, что поскольку комитет кредиторов несет ответственность за участие в процессе принятия решений и за принятие важных решений, обеспеченные кредиторы должны также участвовать в его работе, ибо в противном случае они будут исключены из процесса принятия важных решений, которые могут затронуть их интересы (особенно в тех случаях, когда они не имеют полного обеспечения долга). Еще один подход может состоять в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности не оговаривать, какие кредиторы должны быть представлены в том или ином конкретном случае, а разрешить кредиторам коллективно выбирать своих представителей на основе готовности выполнять соответствующие функции (что позволит решить общую проблему пассивности кредиторов) и предусмотреть возможность расширения или сокращения состава комитета в случае необходимости. Для тех случаев, когда требуется представительство слишком различных категорий кредиторов, что не позволяет учесть все их интересы в одном комитете, как, например, в случае таких групп, обладающих специальными интересами, как лица, заявляющие требования из деликта, и акционеры, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться создание разных комитетов с целью обеспечения представительства различных интересов. В то же время желательно, чтобы такой механизм использовался только в особых случаях, с тем чтобы избежать неоправданных расходов и возможности создания излишне громоздкого механизма представительства кредиторов.

460. Вопрос об участии держателей обыкновенных акций и кредиторов, связанных с должником, может быть спорным, особенно в тех случаях, когда комитет кредиторов правомочен принимать решение, затрагивающее права обеспеченных кредиторов, или когда держатели обыкновенных акций принимают участие в управлении предприятием должника. В то же время могут быть случаи, когда эти стороны не являются непосредственно осведомленными лицами в вопросах управления предприятием должника или не принимают в нем участия, например в случае, когда они являются инвесторами без какой-либо прямой связи с администрацией или доступа к ней. В подобных случаях могут существовать веские причины в пользу того, чтобы разрешить им принять участие в процедурах посредством создания своего собственного комитета. Других кредиторов, у которых может возникнуть коллизия интересов (например конкурентов должника, у которых может быть личный интерес и потенциальная возможность помешать комитету соблюдать беспристрастность при выполнении своих функций), возможно, также необходимо отстранить от участия в работе комитета для того, чтобы обеспечить комитету возможность выполнять свои функции от имени всех кредиторов беспристрастно и независимо.

461. Аналогичный вопрос, связанный с участием, может возникнуть в отношении сторон, которые приобретают требования кредиторов. Такие покупатели могут быть связаны с должником или являться третьими сторонами, не имеющими особого интереса в коммерческом предприятии должника. Приобретение требований третьими сторонами может вызвать обеспокоенность в связи с доступом к чувствительной конфиденциальной информации, которая может считаться ценной на вторичном рынке долгов, а приобретение требований связанной с должником стороной ставит вопрос о том, имеет ли связанная с должником сторона право потребовать уплаты номинальной стоимости требования или же лишь суммы, фактически уплаченной за него (для тех случаев, когда между ними есть различие), что может затронуть право на голосование, когда это непосредственно связано со стоимостью требований.

462. С целью урегулирования любых потенциальных проблем в законодательстве о несостоятельности может быть использован подход, согласно которому будут указываться стороны, не имеющие права на участие в работе комитета кредиторов или в голосовании по конкретным вопросам, например выбор управляющего в деле о несостоятельности или утверждение плана реорганизации.

b) Создание комитета кредиторов

463. В тех случаях, когда законодательство предусматривает создание комитета кредиторов, зачастую также регулируются и такие детали, как порядок формирования комитета, объем и круг его обязанностей, принцип его работы и управления ею, включая вопросы, касающиеся права на участие в голосовании и полномочий, кворума и порядка ведения заседаний, а также замены и замещения его членов. Включение подобных положений в законодательство о несостоятельности по некоторым из этих вопросов, в особенности в отношении права на участие в голосовании, обязанностей и замены и замещения членов, представляется желательным не только в целях избежания споров и обеспечения конфиденциальности, но и для обеспечения прозрачных и предсказуемых процедур. Прочие вопросы могут быть урегулированы в процедурных правилах, принимаемых комитетом, включая правила по процедуре голосования и определения большинства; порядку проведения собраний; выборам председателя; и разрешения споров.

464. Члены комитета могут назначаться по-разному, в значительной степени в зависимости от функций, которые призван выполнять конкретный комитет. Во многих случаях кредиторы несут ответственность за назначение комитета, как

правило, на первом собрании кредиторов или после того, как управляющий в деле о несостоятельности представит предварительную информацию о должнике. Назначение комитета кредиторами может способствовать как укреплению доверия кредиторов, так и поощрению их участия в производстве по делу о несостоятельности. В некоторых юрисдикциях состав комитета кредиторов может назначаться судом либо по его собственной инициативе, либо по заявлению кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. Такой подход может иметь ряд недостатков, включая возможность предвзятости и потерю объективности и прозрачности; кредиторы могут утратить доверие к системе, которая не поощряет их к выполнению определенных функций в выборе их собственных представителей или не позволяет делать это; и такой подход может не способствовать преодолению широко распространенных проблем, связанных с пассивностью кредиторов. С другой стороны, подобный подход может способствовать упрощению процедуры создания комитета кредиторов и сокращению возможности возникновения споров между кредиторами, способных привести к задержкам и затратам. Выбор между этими различными подходами может зависеть от того, в какой степени суд осуществляет надзор над производством по делу о несостоятельности и участвует в нем на повседневной основе, а также от того, в какой степени от кредиторов требуется играть активную роль в выполнении функций, выходящих за рамки предоставления консультаций управляющему в деле о несостоятельности.

465. В целях облегчения управления работой комитета в законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается численный состав комитета: как правило, нечетное число членов, с тем чтобы обеспечить возможность принятия решений большинством голосов, и в некоторых случаях не более трех–пяти человек. В тех случаях, когда в комитете представлены только необеспеченные кредиторы, его состав иногда ограничивается только крупнейшими необеспеченными кредиторами. Таких кредиторов легко определить с помощью ряда средств, включая требование к должнику подготовить перечень его крупнейших кредиторов, или по ссылке на список кредиторов, который должен быть подготовлен должником. Чтобы обеспечить выполнение комитетом своих обязанностей по справедливому представительству кредиторов, возможно, было бы желательно предусмотреть надзор за работой комитета в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предписывает комитету играть существенную роль, и такой надзор может осуществляться управляющим в деле о несостоятельности или судом.

c) Функции комитета кредиторов

466. По общему плану комитет кредиторов будет выполнять свои функции от имени кредиторов, и поэтому эти функции будут непосредственно связаны с общими функциями, возложенными на кредиторов, как указано выше. Функции и полномочия, которыми наделен комитет кредиторов, не должны тем не менее ущемлять права кредиторов в целом продолжать участвовать или иным образом действовать в производстве по делу о несостоятельности. В отношении принятия решений комитет кредиторов будет, как правило, выполнять консультативные функции, представляя кредиторам рекомендации о том, как должны решаться ключевые вопросы, но он обычно не будет полномочен принимать важные решения от имени кредиторов. В то время как комитет кредиторов будет взаимодействовать с управляющим в деле о несостоятельности в тех случаях, когда таковой назначен, или с должником в случае сохранения управления предприятием за должником, если законодательство о несостоятельности признает такой подход к реорганизации, комитет должен

быть способен действовать независимо от этих сторон, представляя интересы кредиторов.

467. Законодательство о несостоятельности предусматривает, что комитет кредиторов будет выполнять ряд функций, которые могут включать доведение до сведения управляющего в деле о несостоятельности пожеланий кредиторов по таким вопросам, как продажа важных активов и формулирование плана реорганизации; проведение консультаций с управляющим в деле о несостоятельности и другими основными сторонами, участвующими в производстве, такими как действующая администрация предприятия должника; участие в разработке плана реорганизации или, возможно, осуществление надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности. Эти функции могут быть установлены законодательством о несостоятельности, предписаны судом или определены во взаимодействии с управляющим в деле о несостоятельности.

468. Как было указано выше в отношении кредиторов в целом, комитет должен иметь доступ к свежей информации о должнике и его финансовых делах, поступающей от управляющего в деле о несостоятельности, и иметь возможность выразить свою точку зрения и мнение кредиторов по вопросам, находящимся в сфере этих функций, или по проблемам, которые затрагивают интересы кредиторов. Для выполнения своих функций комитету может потребоваться административная и экспертная помощь, хотя потребность в такой помощи должна быть четко увязана с функциями, возложенными на комитет. Законодательство может предусматривать необходимость получения комитетом разрешения от управляющего в деле о несостоятельности или от суда, с тем чтобы нанять секретаря и, если этого требуют обстоятельства, консультантов и специалистов. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что расходы на наем помощников, включая их вознаграждение, оплачиваются за счет имущественной массы, в то время как законодательством других стран устанавливается, что кредиторы сами должны оплачивать свои собственные расходы, связанные с участием в производстве по делу о несостоятельности. В тех случаях, когда расходы оплачиваются за счет имущественной массы, желательно, чтобы суд осуществлял определенный контроль не только за принятием решения по найму подобного специалиста, но и за связанными с этим издержками и расходами.

d) Ответственность комитета кредиторов

469. Комитет подотчетен кредиторам в целом. Он не несет никакой ответственности и не имеет доверительных обязательств по отношению к собственникам неплатежеспособного предприятия. Возможно, было бы желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности было предусмотрено требование о том, чтобы комитет действовал добросовестно, а также положение о том, что его члены не несут ответственности за действия и решения, принятые ими в качестве членов комитета, если только не будет доказано, что они действовали путем обмана или умышленно или нарушали доверительные обязательства перед кредиторами, которых они представляют. К таким действиям может относиться, например, извлечение прибыли из управления имущественной массой или приобретение активов, составляющих часть имущественной массы, без предварительного одобрения суда. Критерий ответственности для комитета может не совпадать с подобной нормой для управляющего в деле о несостоятельности, так как члены комитета не должны отвечать каким-либо требованиям относительно знания деловой практики и выступают в качестве лиц, действующих на добровольной основе и не получающих вознаграждения. При рассмотрении вопроса об ответственности комитета, возможно, необходимо обеспечить сбалансированность между установлением слишком высокого уровня ответственности, что будет

способствовать нежеланию кредиторов принимать участие в процедурах и на практике препятствовать их участию, и установлением слишком низкого уровня, что может привести к злоупотреблениям и воспрепятствовать эффективному функционированию комитета в качестве представительного органа.

e) Смещение и замена членов комитета

470. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо каким-либо образом отразить основания, по которым смещение члена комитета кредиторов будет оправдано, а также установить механизм замены. Эти основания могут включать следующее: грубая небрежность, отсутствие необходимой квалификации, некомпетентность, неэффективность, утрата независимости или коллизия интересов. Процедура такого смещения и замены, как правило, будет зависеть от процедуры назначения членов комитета кредиторов – либо судом, либо путем выборов кредиторами. Механизм замены членов комитета также будет иметь актуальное значение в тех случаях, когда члены комитета уходят в отставку или не способны продолжать выполнение необходимых функций, например в случае серьезной болезни или смерти.

6. Вопросы, требующие голосования кредиторов

471. В законодательстве о несостоятельности необходимо определить вопросы, по которым требуется голосование кредиторов, а также установить надлежащие требования по голосованию применительно к каждому случаю.

472. Для тех случаев, когда действия, которые предполагается предпринять в ходе производства, могут иметь серьезные последствия для всех кредиторов, желательно предоставить всем кредиторам (а не только комитету кредиторов) права на получение уведомления о таких мерах и на голосование по ним. Эти действия могут включать голосование по выборам управляющего в деле о несостоятельности, если подобные функции кредиторов предусматриваются законодательством о несостоятельности; утверждение плана реорганизации; утверждение финансирования после открытия производства; и другие важные шаги, такие как продажа существенных активов.

473. К вопросу о таком голосовании можно применить целый ряд различных подходов в зависимости от характера вопроса, по которому принимается решение. Законодательство некоторых стран предусматривает, что голосование должно осуществляться лично на собрании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран указывается, что в тех случаях, когда участвует большое число кредиторов или когда кредиторы не являются местными жителями, голосование может проводиться по почте или по доверенности. Практичность требований о голосовании лично явно будет подвергнута сомнению в тех случаях, когда речь идет о большом числе кредиторов и особенно определенных категорий кредиторов, например, таких как держатели государственных облигаций. Будет более целесообразным разрешить проведение голосования с использованием электронных средств, включая электронную почту и сеть Интернет, которые могут потребовать применения надлежащих мер безопасности.

474. В вопросе о том, какой результат голосования необходим для того, чтобы различные решения были обязательными для кредиторов, также используются различные подходы, причем в законодательстве некоторых стран о несостоятельности проводится разграничение между разными видами принимаемых решений. Более важные решения, например утверждение плана реорганизации, могут потребовать такого голосования, при котором учитывалась бы доля стоимости требований, а также число кредиторов (см. часть вторую, главу IV). Согласно законодательству некоторых стран, большинство в расчете по стоимости требований необходимо для принятия большей части решений, а

для таких решений, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности и наем отдельных специалистов управляющим в деле о несостоятельности, требуется большинство как по стоимости требований, так и по числу голосующих. Законодательство других стран предусматривает, что для принятия решений по таким вопросам, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности, достаточно простого большинства голосов. В законодательстве ряда стран также проводится разграничение между вопросами, требующими поддержки как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов: обеспеченные кредиторы будут принимать участие в голосовании только по специально оговоренным вопросам, таким как выбор управляющего в деле о несостоятельности и вопросы, затрагивающие их обеспечение.

7. Конфиденциальность

475. Как указывалось выше (глава III.A и B), желательно, чтобы законодательство о несостоятельности возлагало обязательства в отношении конфиденциальности как на должника, так и на управляющего в деле о несостоятельности. По аналогичным причинам, возможно, также целесообразно учитывать обстоятельства, при которых кредиторы должны соблюдать конфиденциальность. В ходе производства по делу о несостоятельности кредиторы, как правило, будут иметь возможность получать значительные объемы информации, касающиеся должника и его коммерческой деятельности, и значительная часть этой информации может составлять коммерческую тайну. Предполагается, что вследствие ликвидации у кредиторов вряд ли будет много возможностей недобросовестно воспользоваться такой информацией (или что будет нанесен ущерб должнику), в то время как при реорганизации, напротив, могут возникнуть обстоятельства, при которых кредиторы могут использовать такую информацию, чтобы помешать успешному осуществлению согласованного плана. По этим причинам, возможно, целесообразно обязать кредиторов и комитет кредиторов (а также любых нанятых им специалистов) соблюдать конфиденциальность, которая позволит использовать полученную в ходе производства информацию только для целей руководства производством, если суд не примет иного решения. В случаях, когда комитет кредиторов назначается (и комитет нанимает консультантов из числа специалистов), это обязательство может быть реализовано посредством требования, чтобы члены комитета (и консультанты из числа специалистов) подписали соглашение о конфиденциальности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) облегчить участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности;

b) предусмотреть механизм назначения комитета кредиторов или другого представителя кредиторов, если это будет способствовать участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности;

c) обеспечить право кредиторов на доступ к информации относительно производства по делу о несостоятельности;

d) установить функции и обязанности комитета кредиторов.

Содержание законодательных положений

Право быть заслушанными (см. рекомендацию 121)

Участие кредиторов

110) В законодательстве должно быть установлено, что кредиторы, как обеспеченные, так и необеспеченные, имеют право участвовать в производстве по делу о несостоятельности, и указано, что такое участие может включать с точки зрения возможных функций, подлежащих выполнению.

Голосование кредиторов

111) В законодательстве должны быть установлены вопросы, по которым требуется проведение голосования кредиторов, и определены соответствующие права и требования в отношении голосования. В частности, в законодательстве должно быть предусмотрено требование относительно голосования кредиторов по утверждению или отклонению плана реорганизации.

Созыв собраний кредиторов

112) Законодательство может содержать требование о созыве первого собрания кредиторов в течение оговоренного периода времени после открытия производства для обсуждения определенных вопросов. Законодательство может также разрешить суду, управляющему в деле о несостоятельности или кредиторам, обладающим [необеспеченными] требованиями в объеме (указать долю общей стоимости), просить созыва общего собрания кредиторов. В законодательстве должна быть указана сторона, ответственная за уведомление кредиторов о таком собрании. Законодательство может оговаривать обстоятельства, при которых такое собрание кредиторов может быть созвано.

Представительство кредиторов

113) Законодательство должно способствовать активному участию кредиторов в производстве дела о несостоятельности посредством комитета кредиторов или иного механизма представительства[86]. В законодательстве должно быть указано, что требуется для всех случаев производства по делу о несостоятельности: комитет или иное представительство кредиторов. Если интересы и категории кредиторов, вовлеченных в производство по делу о несостоятельности, разнятся и назначение единого комитета или представителя не будет содействовать их участию, законодательство может предусмотреть назначение разных комитетов или представителей кредиторов.

114) Если законодательство разрешает назначение комитета или представителя кредиторов, то отношения между кредиторами и комитетом или представителем кредиторов должны быть четко оговорены[87]. Законодательство должно оговорить, как будут оплачиваться расходы комитета кредиторов.

– Кредиторы, которые могут быть назначены в комитет кредиторов

115) В законодательстве должно быть установлено, кто из кредиторов имеет право быть назначенным в комитет. В число кредиторов, которые не могут быть назначены в комитет кредиторов, могут входить лица, связанные с должником, и другие, кто по тем или иным причинам не сможет быть беспристрастным. В законодательстве должно быть указано, должно ли требование кредитора быть признано [временно

[86] См. рекомендацию 97 и сохранение функций должника при реорганизации. В случае сохранения управления предприятием за должником комитет кредиторов будет играть важную роль в осуществлении надзора за деятельностью должника, а там, где необходимо, и в предоставлении отчета о его деятельности.

[87] В частности, в законодательстве должны быть ясно оговорены: распределение функций и полномочий между кредиторами и комитетом кредиторов, а также механизм разрешения споров между кредиторами и комитетом кредиторов.

или иным образом], прежде чем кредитор получит право быть назначенным в комитет.

– *Механизм назначения в комитет кредиторов*

116) Законодательство должно устанавливать механизм назначения комитета кредиторов. В число различных подходов могут входить выборы комитета кредиторов кредиторами или назначение судом либо иным административным органом.

– *Права и функции комитета кредиторов*

117) Законодательство должно устанавливать права и функции комитета кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, которые могут включать следующие:

a) предоставление рекомендаций и помощи управляющему в деле о несостоятельности или должнику, осуществляющему самостоятельное управление предприятием;

b) участие в разработке плана реорганизации, продаже существенных активов и решении других вопросов, в которых эта категория имеет интерес, как предписано судом или определено в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности;

c) право заслушивать управляющего в деле о несостоятельности в любое время.

– *Наем и вознаграждение специалистов комитетом кредиторов*

118) Законодательство должно разрешать комитету кредиторов при условии утверждения судом отбирать, нанимать и выплачивать вознаграждение специалистам, которые могут потребоваться для оказания помощи комитету кредиторов в выполнении его функций. Законодательство должно устанавливать порядок покрытия расходов и выплаты вознаграждения этим специалистам.

– *Ответственность членов комитета кредиторов*

119) В законодательстве должно быть установлено, что члены комитета кредиторов освобождаются от ответственности за свои действия, совершенные ими в качестве членов комитета кредиторов, если только не будет доказано, что они действовали путем обмана или виновны в умышленном нарушении служебных обязанностей.

– Отстранение и замена членов комитета кредиторов

120) Законодательство должно устанавливать основания для отстранения членов комитета кредиторов и предусматривать их замену[88].

D. Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование

1. Право быть заслушанным

476. Согласно большинству режимов, кредиторы в качестве основных бенефициаров имущественной массы и другие заинтересованные стороны наделяются определенными возможностями контроля как за управлением имущественной массой, так и за поведением управляющего в деле о несостоятельности при выполнении им своих обязанностей. Управляющий в деле о несостоятельности, должник, кредитор, комитет кредиторов или иная заинтересованная сторона может ходатайствовать об освобождении от

[88] Использование права на отстранение будет зависеть от порядка назначения комитета.

ответственности согласно законодательству о несостоятельности или выступать против аналогичного ходатайства другой стороны. Каждая из этих сторон должна иметь право быть заслушанной, если затронуты ее права, имущественные интересы или обязанности согласно законодательству о несостоятельности. В тех случаях, когда решения, касающиеся управления имущественной массой, должны приниматься судами, на эти решения, как правило, может подаваться апелляция в вышестоящий суд стороной, интересы которой были затронуты, хотя согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, для определенных решений предусматривается исключение из порядка апелляции (например решения о назначении судьи, осуществляющего надзор, или об открытии производства).

2. Процедуры обжалования

477. Процедурные подходы применительно к управлению имущественной массой в значительной мере определяются правилами, регулирующими обязанности управляющего в деле о несостоятельности, права и обязанности должника согласно законодательству о несостоятельности и функции кредиторов, если таковые предусматриваются, по активному участию в таком управлении либо самостоятельно, либо через комитет кредиторов. Например, согласно законодательству, в котором требуется получение управляющим в деле о несостоятельности согласия кредиторов или их представителей до совершения определенных действий, прямое участие кредиторов в процессе принятия решений будет, как правило, снимать необходимость в процедурах обжалования кредиторами применительно к подобным действиям, за исключением тех ситуаций, когда управляющий в деле о несостоятельности вводит кредиторов в заблуждение.

478. В тех случаях, когда действия управляющего в деле о несостоятельности не подлежат предварительному утверждению со стороны кредиторов, может возникать необходимость в официальных процедурах обжалования. Официальная процедура обжалования может быть уместной и для других заинтересованных сторон, когда действия управляющего в деле о несостоятельности затрагивают их.

479. Согласно большинству законов о несостоятельности требуется, чтобы заинтересованная сторона подавала свое ходатайство об освобождении от ответственности или возражения через суд. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности правом на иск наделяются индивидуальные кредиторы, в то время как согласно законодательству других стран требуется, чтобы возражающий кредитор или кредиторы составляли определенное число от общего числа кредиторов или чтобы на них приходился определенный процент долга, с тем чтобы было признано их процессуальное право на такой иск, или даже требуется, чтобы иск был заявлен комитетом кредиторов или кредиторами в целом. Действие таких требований может зависеть от оснований, на которых подается возражение. Другие заинтересованные стороны могут иметь процессуальное право заявить свои возражения или ходатайствовать об освобождении от ответственности, если затронуты их права, имущественные интересы или обязанности согласно законодательству о несостоятельности. Как указывалось выше, право быть заслушанным должно быть сбалансировано с необходимостью эффективного ведения производства по делу о несостоятельности

3. Право на обжалование

480. Заинтересованная сторона, которая ходатайствовала об освобождении от ответственности и получила отказ или которая безуспешно пыталась выступать против ходатайства или действий другой стороны, должна иметь право на

обращение в вышестоящий суд, если она считают, что решение суда было ошибочным. В большинстве судебных систем установлена иерархическая система для пересмотра дела в апелляционном порядке и применимых к этому процедур. Аналогичная система должна применяться к суду, который отправляет правосудие по нормам законодательства о несостоятельности, и к судебным приказам, издаваемым этим судом.

Рекомендации

Право быть заслушанным

121) В законодательстве должно быть установлено, что заинтересованная сторона имеет право быть заслушанной по любому вопросу в производстве по делу о несостоятельности, которая затрагивает ее права, обязательства или интересы. Например, заинтересованная сторона вправе:

a) возражать против любого действия, требующего утверждения суда;

b) ходатайствовать об обжаловании судом любого действия, по которому одобрение суда не требовалось или не запрашивалось;

c) ходатайствовать о предоставлении любого освобождения от ответственности, доступного ей в рамках производства по делу о несостоятельности.

Право обжалования[89]

122) В законодательстве должно быть установлено, что заинтересованная сторона может осуществлять обжалование начиная с любой инстанции суда в производстве по делу о несостоятельности, где затрагиваются ее права, обязательства или интересы.

IV. Реорганизация

A. План реорганизации

1. Введение

481. Как правило, в законодательстве о несостоятельности рассматривается ряд вопросов, связанных с составлением плана реорганизации, в том числе следующие: характер или форма плана, когда должен подготавливаться план, кто может подготавливать план, что должно быть включено в план, как план должен приниматься кредиторами (и, если требуется, утверждаться судом), каковы последствия плана и как план должен выполняться.

482. В рамках различных видов производства планы реорганизации выполняют различные функции. В некоторых случаях план может быть заключающей частью реорганизационного производства и регулировать вопросы о полной выплате дивидендов и окончательном расчете по всем требованиям (в этом случае также используются такие термины, как "мировое соглашение" или "договорная схема"), а также об окончательной структуре предприятия после

[89] В соответствии с основными целями законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что обжалование в производстве по делу о несостоятельности не должно иметь приостанавливающих последствий, если иное не определено судом, с тем чтобы обеспечить урегулирование и решение проблем несостоятельности должным, быстрым и эффективным образом без ненадлежащих срывов. Сроки, предоставляемые для обжалования, должны быть в соответствии с применимым законодательством, но в делах о несостоятельности они должны быть еще короче, для того чтобы избежать прерывания производства по делу о несостоятельности.

завершения реорганизации. В других случаях план может предлагаться при открытии производства и устанавливать порядок решения вопросов, связанных с должником и его предприятием, в течение реорганизационного периода – во многом аналогично бизнес-плану, – а также определять ожидаемые дивиденды и даты выплат. Кроме того, могут существовать обстоятельства, когда план, сходный с планом реорганизации, готовится в рамках ликвидационного производства, если предполагается продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В таком плане могут регулироваться такие вопросы, как сроки и механизмы внутренних распределений. В нижеприведенном обсуждении основное внимание уделяется вопросам, имеющим отношение к плану, предлагаемому через некоторое время после начала производства, и рассматриваются действия предприятия при реорганизации и предлагаемые преобразования юридических прав с целью урегулирования финансового положения должника. Данные соображения, хотя и не обязательно в полном объеме, будут также уместны и в случае применения других видов планов.

2. Характер или форма плана

483. Цель реорганизации состоит в максимально возможном увеличении средств, возвращаемых кредиторам, что обеспечивает лучшие результаты, чем в случае ликвидации предприятия должника, и в сохранении рабочих мест для рабочих и служащих и коммерческих возможностей для поставщиков. В процессе реорганизации могут участвовать различные заинтересованные группы, каждая из которых может иметь собственное представление о наилучших путях достижения разных целей. Некоторые кредиторы, например крупные клиенты или поставщики, могут отдать предпочтение продолжению коммерческих операций с должником, нежели быстрому погашению задолженности перед ними. Некоторые кредиторы могут отдать предпочтение получению доли в акционерном капитале предприятия, в то время как других кредиторов такое решение может не устраивать. Таким образом, применительно к каждому конкретному делу могут, как правило, существовать возможности выбора из широкого круга вариантов действий, и если в законодательстве о несостоятельности будет принят предписательный подход в том, что касается круга возможных вариантов или того выбора, который должен осуществляться в каждом конкретном случае, то такое законодательство может иметь слишком ограничительный характер. Например, нежелательно, чтобы в законодательстве допускалась подготовка таких планов, которые направлены только на полную реабилитацию должника, или предусматривалась бы невозможность списания задолженности или необходимость в конечной выплате кредиторам какой-либо минимальной суммы, или запрещался бы обмен задолженности на акционерный капитал. Подход, не носящий характера вмешательства и не предусматривающий таких ограничений, будет, по всей вероятности, способствовать созданию гибких возможностей, обеспечивающих выбор наиболее подходящего решения из круга возможных вариантов действий в отношении конкретного должника.

484. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности принят иллюстративный подход, который основывается на перечислении ряда возможных решений, но при этом не предполагается, что этот перечень носит исчерпывающий или исключительный характер и другие варианты действий не могут быть избраны. Возможные решения могут включать выбор просто заключения мирового соглашения (соглашения об оплате кредиторам процентной доли их требований, обычно производимой через некоторое время), продолжение коммерческих операций предприятия и его конечную продажу в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с последующей ликвидацией предприятия должника), перевод всех или части активов имущественной массы в одно или несколько существующих предприятий или в

предприятия, которые будут учреждены, слияние или консолидацию предприятия должника с одним или несколькими другими коммерческими предприятиями, сложную реструктуризацию задолженности и акционерного капитала или некоторые другие решения. Вопрос о том, какой из вариантов действий является наиболее уместным, возможно, лучше всего оставить на разрешение с учетом условий рынка, если подобный эффективный рынок существует, или, по крайней мере, на разрешение в ходе переговоров между должником, управляющим в деле о несостоятельности, кредиторами и другими лицами, обладающими экономическими интересами.

485. Даже если в законодательстве о несостоятельности не используется предписательный подход применительно к форме или характеру плана, в нем могут устанавливаться определенные ограничения, например предусматриваться, что очередность кредиторов при ликвидации должна сохраняться в случае реорганизации, что последствия плана не могут вести к сохранению неплатежеспособности должника и его возвращению на рынок в таком состоянии, и что в плане реорганизации должны быть соблюдены ограничения, установленные в других областях законодательства (в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не содержит поправок к таким ограничениям), например в области валютного контроля.

3. Предложение плана реорганизации

486. Два важных вопроса, которые следует рассмотреть в связи с предложением плана реорганизации, касаются стадии производства, на которой он должен быть предложен, и стороны или сторон, которые будут иметь возможность его предложить или которым может быть поручено его предложение. Для решения этих вопросов может быть использован целый ряд различных подходов.

a) Сроки представления предложения

487. Что касается первого вопроса, связанного со сроками представления предложения, то используемый подход может зависеть от целей и задач реорганизации в каждом конкретном случае или быть связан с порядком открытия реорганизационного производства. В законодательстве некоторых стран, например, предусматривается, что план реорганизации должен представляться совместно с заявлением о возбуждении реорганизационного производства (в этом случае заявление может называться "предложением" о реорганизации), когда такое производство является производством, которое открывается по инициативе должника[90]. К числу возможных трудностей, возникающих в результате такого подхода, может относиться следующее: задержка в том, что касается предоставления должнику возможности возбудить производство и получить своевременную помощь в результате введения моратория, трудность, связанная с точным осознанием на столь раннем этапе конкретных целей плана; и, если план был подготовлен без консультаций с кредиторами и другими заинтересованными сторонами, однако предполагается, что он является окончательным, то могут отсутствовать практические возможности для его осуществления и он может, таким образом, предрешить ход производства и также вызвать задержки. В законодательстве многих других стран предусматривается обсуждение и представление плана после открытия реорганизационного производства. Такой подход является, возможно, более гибким, поскольку он позволяет проводить консультации и переговоры по приемлемому плану реорганизации в условиях защищенности должника мораторием. Эти преимущества потребуется, возможно, сбалансировать с

[90] Такой подход не следует путать с заявлением о проведении ускоренного производства, которое должно сопровождаться представлением плана, утвержденного кредиторами, см. главу IV.B.

учетом возможности злоупотребления режимом несостоятельности должниками, которые не имеют ни намерения, ни способности представить план, а лишь пытаются воспользоваться льготами моратория. Вопросы о сроках представления плана могут также возникнуть при изменении статуса производства с ликвидационного на реорганизационный (см. 14, ниже).

b) Стороны, уполномоченные на представление плана

488. Что касается второго вопроса, то участники реорганизационного производства могут иметь различные возможности и нести различные обязанности применительно к обсуждению и представлению плана реорганизации в зависимости от структуры действующего законодательства о несостоятельности и, в частности, от соответствующих функций, которыми наделяются управляющие в деле о несостоятельности, должник и кредиторы. Например, согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности устанавливается позитивное обязательство этих сторон сотрудничать в обсуждении и представлении плана. При определении того, какая сторона должна быть уполномочена представить план или какие стороны способны его представить, желательно добиться сбалансированности между свободой, предоставляемой различным сторонам в представлении плана (например, следует ли признать право на представление плана за всеми сторонами, должно ли такое право возникать у них одновременно или следует ли предусмотреть такой порядок, при котором стороны будут представлять планы последовательно и представление следующего плана будет зависеть от приемлемости уже предложенного), и ограничениями, неизбежно связанными с этой процедурой в том, что касается требований о принятии (голосовании) (например, должны ли все кредиторы выполнять те или иные функции при разработке плана, который подлежит их принятию), сроков для обсуждения и представления, нормы о возможности внесения изменений в план, предусматриваемой в законодательстве о несостоятельности, и других процессуальных соображений. Такой сбалансированности, по всей вероятности, легче достичь с помощью гибкого, а не предписательного подхода, хотя в интересах обеспечения эффективности, определенности и предсказуемости, а также упорядоченного хода производства желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности достаточные ориентиры для обеспечения представления жизнеспособного плана.

i) Представление плана должником

489. В тех случаях, когда план должен быть представлен до открытия производства, он, как правило, будет представлен должником, однако к этому процессу может быть привлечена одна или несколько – не обязательно все – категории кредиторов, которые могут принять участие в переговорах и согласовать план, при том условии, что он будет принят другими кредиторами или "навязан" другим категориям. В тех случаях, когда план должен быть представлен после открытия производства, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает представление плана реорганизации должником, причем иногда оговаривается, что он должен делать это в сотрудничестве с другими сторонами, такими как управляющий в деле о несостоятельности, кредиторы, адвокат, бухгалтер или иной консультант по финансовым вопросам. Возможные преимущества подхода, предусматривающие представление плана должником, могут заключаться в поощрении должников к возбуждению реорганизационных процедур на раннем этапе и, когда планом предусматривается продолжение функционирования коммерческого предприятия должника, в оптимальном использовании осведомленности должника о его коммерческих операциях и о тех шагах, которые необходимы для восстановления рентабельности неплатежеспособного предприятия (в то же

время свободу, предоставляемую должнику, потребуется, возможно, сбалансировать с учетом необходимости обеспечения доверия кредиторов к должнику и его предложению). Преимущества такого подхода также могут быть очевидными в тех случаях, когда для обеспечения успеха коммерческих операций необходимо участие основного управленческого персонала должника (например, по причине сложности таких операций) или когда осуществить замену такого персонала за короткий срок весьма трудно.

490. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает исключительный характер предоставления должнику такой возможности. В других законодательствах предусматривается поэтапный подход, когда предоставляемая должнику возможность представления плана является исключительной только в течение оговоренного срока. Суд вправе продлить этот срок, если должник сможет обосновать такую задержку и когда имеются реальные перспективы успешной реорганизации, а также когда другая сторона имеет возможность представить такой план, в соответствии с которым срок исключительных возможностей должника истекает, если план не предложен.

ii) Представление плана кредиторами

491. В тех случаях, когда требуется одобрение плана кредиторами, всегда существует опасность того, что процедуры реорганизации будут сорваны, если план, представленный должником, является неприемлемым. Например, кредиторы могут согласиться с одобрением только того плана, который лишает акционеров должника контрольного пакета акций предприятия должника, а также может лишить действующую администрацию любых управленческих функций. Если должник имеет исключительное право на представление плана и отказывается рассмотреть такую схему, возникает опасность провала реорганизации, что нанесет ущерб и кредиторам, и работникам, и самому должнику. Для решения проблем, связанных с такой ситуацией, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что при подготовке своего плана должник обязан сотрудничать с кредиторами и обсуждать с ними план, а если должник не представляет приемлемого плана до истечения срока действия его исключительного права, то возможность предложить план предоставляется кредиторам [это может быть сделано через комитет кредиторов (см. главу III.C)]. Такое решение может создать средство, необходимое для содействия достижению компромисса между участвующими сторонами.

iii) Представление плана управляющим в деле о несостоятельности

492. Еще один подход, используемый в законодательстве многих стран о несостоятельности, заключается в том, чтобы предоставить возможность предложения плана управляющему в деле о несостоятельности, будь то в качестве альтернативы предложению плана должником или кредиторами или в качестве дополнительной меры. Если у управляющего в деле о несостоятельности будет иметься возможность ознакомиться с состоянием коммерческого предприятия должника после открытия производства, его положение может создать хорошие условия для принятия решения о том, какие меры необходимы для обеспечения рентабельности предприятия. Его положение может также предоставить хорошие возможности для содействия переговорам по плану между должником и кредиторами. Значение, придаваемое обеспечению участия управляющего в деле о несостоятельности, зависит от структуры законодательства и, в частности, от требования утверждения плана кредиторами или судом. Когда требуется утверждение плана кредиторами, вероятность принятия плана, учитывающего приемлемые для кредиторов предложения, будет более высокой по сравнению с планом, таких предложений не учитывающим. Эти соображения могут не

применяться в случаях, когда одобрение кредиторов не является необходимым или когда суд вправе отказаться утвердить одобренный план по причинам, не относящимся к правильности ведения производства, например, по соображениям экономической обоснованности. В тех случаях, когда предусматривается только утверждение плана судом, для обеспечения утверждения плана может потребоваться значительная юридическая помощь. Когда управляющему в деле о несостоятельности не предоставляется возможность обсуждения и предложения плана или участия в этом процессе, может быть, было бы желательно предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность рассмотреть план до того, как он будет представлен на утверждение.

iv) Представление плана несколькими сторонами

493. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что возможность предложения плана предоставляется ряду сторон. К их числу может относиться должник, управляющий в деле о несостоятельности и кредиторы или комитет кредиторов. В тех случаях, когда включается подобное положение, может оказаться желательным, чтобы устанавливались определенные процедуры для обеспечения того, чтобы конкурирующие планы не представлялись одновременно. Хотя в определенных случаях такой конкурентный подход может способствовать представлению взаимоприемлемого плана, он также может привести к усложнению процесса, путанице, неэффективности и задержкам.

494. В некоторых странах законодательство предусматривает, что суд может рассмотреть мнения о плане таких третьих сторон, как правительственные ведомства и профсоюзы. Хотя включение этих сторон в обсуждение плана в том или ином конкретном случае может способствовать представлению приемлемого плана, такая процедура, будучи принятой в качестве общего принципа, может также привести к усложнению и затягиванию производства. Ее применение может быть желательным, только если она способна принести пользу в конкретном случае, когда интересы этих сторон имеют важнейшее значение для плана реорганизации и когда процесс обсуждения проходит под пристальным контролем и его сроки четко определены.

c) Сроки представления плана

495. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности устанавливается период после начала производства, в течение которого должен быть представлен план. Этот срок может отводиться непосредственно для представления плана должником или для предложения плана в целом. Например, в законодательстве одной из стран для представления плана должником предусматривается 120-дневный срок, по истечении которого любая другая сторона может представить план, причем каких-либо конкретных сроков не оговаривается. Примеры продолжительности сроков, обычно применимых к обсуждению и представлению плана, варьируются от 35 до 120 дней, считая со дня открытия производства, причем в некоторых странах законодательство предусматривает возможность продления или сокращения этого срока судом при определенных обстоятельствах. Хотя установление сроков может быть полезным в обеспечении бесперебойного хода реорганизационного производства, это преимущество потребуется, возможно, сбалансировать с учетом риска того, что предельные сроки могут быть излишне жесткими и представлять собой произвольные ограничения, в частности, если учитывать существование крупных дел, когда обсуждение и представление плана может занять значительно больше времени, например более 12 месяцев; что сроки не будут соблюдаться, особенно при отсутствии надлежащих санкций; или что инфраструктура институтов в области несостоятельности не сможет обеспечить соблюдение предельных сроков (например, по таким причинам, как отсутствие

средств). Одним из средств решения проблемы отсутствия гибкости является принятие положения о продлении этого срока судом, при условии что он продлевается на следующий ограниченный срок и что неограниченное число продлений этого срока не допускается. Преимущество такого подхода состоит в том, что при этом сторона, ходатайствующая о продлении, должна продемонстрировать суду его необходимость, т. е., например, что для задержки есть веские причины (например, что продление необходимо для дальнейших консультаций с кредиторами, или что произошла задержка в получении оценок или отчетов от профессиональных советников), что задержка не нанесет ущерба интересам других сторон и что при условии продления срока имеется реальная возможность того, что план будет одобрен кредиторами.

496. В том случае, когда законодательство о несостоятельности включает сроки для проведения переговоров и представления плана, необходимо рассмотреть те процедуры, которые преобразуются из ликвидационного производства. Стандартные сроки, применимые посредством ссылки к началу производства (т. е. ликвидационного производства), не так просто применить при рассмотрении дел, которые основываются на изначальном заявлении о проведении производства и рассматривают изменение статуса производства как его продолжение.

4. План

497. Результаты реализации плана зависят от реально существующих практических возможностей, т. е., другими словами, от того, существует ли вероятность, что на основании известных фактов, обстоятельств и обоснованных предположений план и сам должник скорее добьются, чем не добьются успеха. Определение вероятности успешной реализации плана предполагает рассмотрение двух взаимосвязанных вопросов. Первый из них касается содержания самого плана, или, другими словами, содержащихся в нем предложений. Второй касается способа, каким эти предложения представляются и разъясняются кредиторам в целях получения их поддержки.

a) Содержание плана

498. Вопрос о содержании плана тесно связан с процедурой его принятия (например, согласие каких кредиторов требуется для принятия плана, уровень поддержки, требуемый для принятия, и процедура утверждения судом, если таковое предусматривается) и с последствиями плана после его принятия (и утверждения судом, если это требуется) (например, будет ли он иметь обязательную силу для несогласных кредиторов и обеспеченных кредиторов, которые будут нести ответственность за осуществление плана и за повседневное управление предприятием должника), а также с тем, требуется ли утверждение плана судом. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности предусматриваются положения, касающиеся содержания плана реорганизации. В некоторых законах эти вопросы регулируются посредством ссылки на общие критерии, например на требования о том, чтобы в плане реорганизации всем сторонам должным образом и четко раскрывалась информация об истинном финансовом положении должника и преобразовании юридических прав, предлагаемом в плане, или, посредством ссылки, на минимальные требования, заключающиеся, например, в том, что в плане должна предусматриваться оплата определенных преимущественных требований. Следует отметить, что при этом не требуется, чтобы план изменял или иным образом затрагивал права каждой категории кредиторов.

499. В других странах законодательство устанавливает более конкретные требования относительно необходимой информации в связи с финансовым положением должника и предложениями, включаемыми в план. Информация о

финансовом положении должника может включать баланс активов и пассивов и ведомости движения наличности, а также информацию, касающуюся причин или обстоятельств, обусловивших финансовое положение должника. Информация относительно содержащихся в плане предложений может, в зависимости от целей плана и обстоятельств конкретного должника, включать следующее: подробности применительно к категориям требований; требования, сокращаемые согласно плану, и режим, который будет предоставлен каждой категории согласно плану; продолжение или прекращение контрактов, не исполненных в полном объеме; режим не истекших договоров об аренде; меры и механизмы для решения вопросов, связанных с активами должника (например, передачу, ликвидацию, удержание); продажу обеспеченных активов или иное распоряжение ими; процедуру раскрытия информации и утверждения; права заявителей оспариваемых требований на участие в процедуре голосования и условия регулирования вопросов об оспариваемых требованиях; механизмы решения вопросов, связанных с персоналом предприятия должника; вознаграждение администрации предприятия должника; осуществление финансирования плана; отсрочку даты истечения срока платежа или изменение процентной ставки или иного условия просроченных обеспечительных интересов; роль, которую должен играть должник в осуществлении плана и определении лиц, которые будут нести ответственность за будущее управление коммерческим предприятием должника; погашение требований и разъяснение того, каким образом сумма, причитающаяся кредиторам, превысит сумму, которую они получили бы в случае ликвидации; уплату процентов на требования; распределение всех или какой-либо части активов имущественной массы между имеющими долю в этих активах; возможные изменения в учредительном акте или учредительном документе должника (изменения в уставных нормах, уставе и т. д.) или структуре капитала компании должника, либо слияние должника с одним или несколькими лицами или его поглощение ими; основу, на которой предприятие сможет продолжить свои коммерческие операции и быть успешно реорганизованным; надзор за выполнением плана; и срок реализации плана, включая в определенных случаях максимально предусмотренный законом срок.

500. Желательно, чтобы вместо перечисления широкого круга подробных данных, которые должны быть включены в план, в законодательстве о несостоятельности устанавливалось минимальное содержание плана с указанием его основных задач и процедур его реализации. Например, в законодательстве о несостоятельности может содержаться требование, чтобы в плане были подробно описаны все категории кредиторов и то, какой режим предусматривается в отношении каждой из них; положения и условия плана (такие как режим в отношении контрактов и роль, которую играет должник в данное время); а также что требуется для выполнения плана (например, продажа активов или частей предприятия, пролонгация сроков погашения платежей, изменения в структуре капитала предприятия и надзор за выполнением).

501. Применительно к содержанию плана также возникают вопросы, связанные с другими областями законодательного регулирования. Например, в той мере, в которой национальное законодательство исключает возможность обмена задолженности на акционерный капитал, план, предусматривающий такой обмен, не может быть принят. Поскольку обмен долгов на акции может быть важным элементом реорганизации, этот запрет будет необходимо отменить, по крайней мере в контексте дел о несостоятельности, с тем чтобы подобные положения могли быть включены в план и утверждены. Аналогично, если в результате действия иных норм права план должен ограничиваться только обеспечением списания долга или продлением сроков погашения, получение одобрения кредиторов может оказаться весьма затруднительным. Применительно к некоторым делам о несостоятельности возникают

аналогичные четкие и неоспоримые вопросы о взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. В других делах могут возникать более сложные вопросы. К их числу могут относиться ограничения на иностранные инвестиции и меры валютного контроля (особенно в случаях, когда многие из кредиторов являются нерезидентами) или режим в отношении работников согласно соответствующим законам о труде, – например, когда реорганизация может быть связана с вопросами изменения коллективных договоров, – или вопросы, связанные с налоговым законодательством.

502. Существуют разные подходы к решению этих вопросов. В некоторых странах законодательство о несостоятельности подпадет под эти виды ограничений, вследствие чего может уменьшиться возможность выбора вариантов реорганизации. В других странах законодательством о несостоятельности в оговоренных обстоятельствах допускается преодоление некоторых ограничений, устанавливаемых другими нормативными актами, например положениями, касающимися распоряжения активами должника и приоритетов при распределении, например в случае согласия кредиторов. Желательно, чтобы предусмотренные в других законодательствах ограничения, которые повлияют на данное законодательство о несостоятельности, были учтены при составлении проекта законодательства о несостоятельности, а в целях обеспечения прозрачности и предсказуемости желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был прямо урегулирован вопрос о его взаимосвязи с другими законодательствами и при этом, по возможности, указывалось бы воздействие тех других законодательств на законодательство о несостоятельности.

b) Информация, которая должна сопровождать план

503. При голосовании по плану кредиторам и другим соответствующим заинтересованным сторонам, таким как акционеры, необходимо иметь возможность убедиться в том, что содержащиеся в плане предложения практически осуществимы и не основываются, например, на ошибочных предпосылках и что в результате осуществления плана должник не будет чрезмерно обременен задолженностью. Для облегчения проведения такой оценки кредиторам и другим соответствующим заинтересованным сторонам потребуется предоставить информацию, разъясняющую содержащиеся в плане предложения и воздействие этих предложений на должника, кредиторов и другие затрагиваемые этим стороны. В этих целях план может быть представлен кредиторам и прочим сторонам вместе с заявлением о раскрытии информации, содержащим полностью раскрытую информацию, которая даст всем сторонам возможность оценить план надлежащим образом. Это заявление может быть подготовлено квалифицированным специалистом, от которого можно ожидать изложения заслуживающего доверия и беспристрастного мнения относительно предлагаемых в плане мер, или той же стороной, которая предлагает план, вместе с профессиональной консультацией или без нее. Когда управляющий в деле о несостоятельности не участвует в представлении плана или подготовке заявления, может быть желательным обратиться к нему за комментариями по обоим документам. В тех случаях, когда кредиторы и другие соответствующие заинтересованные стороны не соглашаются с профессиональной оценкой или не считают, что раскрытая информация является убедительной, эти мнения могут быть учтены либо в ходе голосования по плану с помощью механизма, разрешающего внесение в план изменений, либо судом при утверждении плана (в тех случаях, когда этот элемент требуется применяемыми процедурами).

504. В ряде стран в законодательстве о несостоятельности содержатся положения, определяющие, какая информация должна предоставляться кредиторам и другим заинтересованным сторонам, чтобы дать им возможность должным образом оценить план, причем такая информация может включаться

как в сам план, так и в отдельный документ. Требование о предоставлении такой информации, подкрепленное механизмами получения соответствующей информации, отвечает ключевой цели – обеспечению прозрачности – и может содействовать обеспечению доверия кредиторов к производству по делу о несостоятельности. В то же время, возможно, потребуется сбалансировать предусматриваемый порядок с учетом обеспокоенности по поводу соблюдения конфиденциальности, возникающей в связи с предоставлением доступа к касающейся должника финансовой и коммерческой информации, которая может носить конфиденциальный характер, даже если такая информация может быть в конечном счете открыта для публичного ознакомления в результате принятия или утверждения плана судом. Эту обеспокоенность можно устранить, включив в законодательство обязательства о соблюдении конфиденциальности, которые будут возлагаться на должника, кредиторов, управляющего в деле о несостоятельности и другие заинтересованные стороны. Это требование, возможно, также потребуется сбалансировать с учетом претензий на предоставление информации, которая не имеет отношения к цели оценки плана; основное внимание следует уделять информации, требующейся в каждом отдельном случае для оценки конкретных предложений, содержащихся в плане.

505. Желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности указывался минимальный объем информации, которая должна быть представлена в заявлении о раскрытии. К ней может относиться информация о финансовом положении должника, включая сведения об активах и пассивах его баланса и отчеты о движении денежных средств; сравнение того, что причитается кредиторам в соответствии с предлагаемым планом, с тем, что они могли бы ожидать получить в результате ликвидации; основа, на которой предприятие должника могло бы продолжать вести коммерческие операции и быть успешно реорганизованным; информация о механизме голосования, применимом к принятию плана; информация, показывающая, что в целях выполнения плана были предприняты адекватные меры по удовлетворению всех обязательств, предусмотренных в плане, и что, по расчетам, должник будет иметь достаточно денежных средств, чтобы расплатиться с долгами, как предусмотрено в плане.

5. Принятие плана

506. Разработка положений законодательства о несостоятельности, относящихся к принятию плана, требует сбалансированного учета ряда противоречащих друг другу соображений, например, о том, должны ли кредиторы голосовать по принятию плана по категориям и какой режим избрать в отношении несогласных кредиторов. При этом следует исходить из основополагающего принципа, что план может быть обязательным для выполнения кредиторами только в том случае, если им была предоставлена возможность проголосовать в процессе его принятия. Основной целью категоризации требований является удовлетворение необходимых условий о справедливом и равном статусе кредиторов, одинаковом режиме рассмотрения аналогичных требований и обеспечении предоставления всем кредиторам конкретной категории одного и того же набора условий, предлагаемых планом реорганизации. Это – один из методов обеспечить рассмотрение преимущественных или преференциальных прав требования в соответствии с правилами очередности, установленными законодательством о несостоятельности. Это также может упростить рассмотрение требований крупнейших кредиторов, которых можно убедить согласиться с тем, что по отношению к ним будет применяться режим, отличный от того, который будет применяться в отношении общей категории необеспеченных кредиторов, когда такой режим необходим для обеспечения выполнимости плана. Однако такое распределение по категориям может усложнить и увеличить расходы на производство по делу о несостоятельности в зависимости от того, какое количество различных категорий будет установлено. Альтернативным подходом

к обеспечению того, чтобы кредиторы, к которым следует применить особый режим, не испытывали притеснения со стороны большинства, является предоставление этим группам возможности оспорить решение большинства в суде, если применявшийся к ним режим не был основан на принципе справедливости и равного статуса. Сам факт наличия такой возможности может удержать большинство от выдвижения предложений, несправедливо ущемляющих интересы кредиторов, имеющих преимущественное право требования.

507. Что касается режима в отношении несогласных кредиторов, будет чрезвычайно важно предусмотреть возможность "навязывания" согласованного плана меньшинству не согласных с ним кредиторов в рамках какой-либо категории, с тем чтобы повысить шансы на успех реорганизации. Может быть также необходимо, в зависимости от избранного механизма голосования по плану и от того, осуществляется ли голосование кредиторов по категориям, рассмотреть вопрос о том, можно ли сделать так, чтобы план имел обязательную силу для не согласных с ним категорий кредиторов и других затрагиваемых им сторон.

508. В той мере, в какой план может приниматься и в принудительном порядке осуществляться, несмотря на наличие не согласных с ним сторон, может возникнуть необходимость в обеспечении того, чтобы содержание плана предусматривало надлежащую защиту таких не согласных с ним сторон и, в частности, не создавало несправедливых последствий для их прав. Так, например, в законодательстве можно предусмотреть, что план не будет иметь обязательной силы для не согласной с ним категории, если ей не будет гарантирован определенный режим. Если это обеспеченные кредиторы, то требуемый режим может состоять в том, что такие кредиторы получают оплату в размере их обеспечительного интереса, в то время как в случае необеспеченных кредиторов может быть так, что любые обладатели меньших прав, включая акционеров, не получат ничего. В той мере, в какой процедура принятия приводит к нанесению существенного ущерба требованиям кредиторов (особенно обеспеченных кредиторов) и других имеющих к этому отношение сторон без их согласия, возникает опасность того, что ущерб будет также нанесен и готовности кредиторов предоставлять кредиты в будущем. Таким образом, существенное значение для защиты таких интересов будет иметь механизм принятия плана и наличие надлежащих защитительных мер.

a) Процедуры принятия

509. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается созыв специального собрания кредиторов для цели голосования по плану реорганизации и требуется, чтобы план (и соответствующая информация или документ о раскрытии такой информации, если его представление также требуется) был предоставлен в распоряжение кредиторов и других имеющих право голоса заинтересованных сторон в течение определенного срока до созыва такого собрания. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что голосование осуществляется лично на собрании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран также устанавливается, что голосование может быть осуществлено по почте или по доверенности. В целях упрощения процедуры голосования и в виде признания все более широкого использования электронных средств связи, возможно, было бы желательно признать, что голосование может проводиться лично, по доверенности и при помощи электронных средств связи.

510. К числу других вопросов, которые следует рассмотреть в связи с принятием плана, относятся следующие: должны ли кредиторы и другие заинтересованные стороны голосовать по категориям, соответствующим их

правам; виды требований (с точки зрения признания или предварительного признания таких требований), которые будут приниматься во внимание при определении получения требуемого большинства голосов; требуется ли, чтобы голосовали обеспеченные кредиторы; будут ли при определении требуемого большинства голосов учитываться голоса владельцев преимущественных прав требования; какие заинтересованные стороны помимо кредиторов имеют право голосовать по принятию плана; и порядок применительно к воздержавшимся или не участвующим в голосовании кредиторам. Эти вопросы рассматриваются в следующих пунктах. Что касается последнего вопроса, то в законодательстве некоторых стран, например, голоса воздержавшихся или не участвующих в голосовании считаются голосами, поданными против принятия плана. Такой подход может иметь эффект лишения права голоса тех кредиторов, которые участвовали в голосовании и проголосовали за принятие плана, и на практике значительно затруднить принятие плана. В качестве альтернативы этому во многих странах принят подход, предусматривающий расчет процентной доли поддержки на основе учета голосов сторон, фактически участвующих в голосовании; при этом считается, что отсутствующие или воздержавшиеся мало заинтересованы в производстве. Такой подход чреват тем, что на ход реорганизации сможет оказывать влияние потенциально небольшая и нерепрезентативная группа кредиторов, особенно принимая во внимание широко распространенную пассивность кредиторов. Здесь требуется некий сбалансированный подход, облегчающий принятие плана, гарантирующий уровень поддержки кредиторов, достаточный для выполнения плана, и позволяющий избежать злоупотреблений. Это можно обеспечить независимо от того, какой из рассмотренных выше подходов будет применен, путем установления положения, требующего надлежащего уведомления кредиторов и других заинтересованных сторон, особенно если они являются нерезидентами, а также путем принятия механизмов голосования, не требующих личного присутствия, таких как голосование по доверенности и при помощи электронных средств.

511. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности для упрощения процедуры голосования также используются презумпции. Если, например, план предусматривает аннулирование требования кредитора или интереса в акционерном капитале владельца (и эта сторона ничего по плану не получает), может действовать презумпция голосования этой стороной против плана. И напротив, когда согласно плану требование остается неизменным или предусматривается его оплата в полном объеме, может действовать презумпция голосования в пользу плана. Использование таких презумпций может также уменьшить необходимость в направлении уведомления и предоставлении информации соответствующим кредиторам и другим заинтересованным сторонам.

b) Принятие плана обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования

512. Во многих делах о несостоятельности на обеспеченные требования будет приходиться значительная доля стоимостного объема задолженности должника, и в вопросе о принятии плана обеспеченными и имеющими преимущественное право требования кредиторами могут быть использованы различные подходы. В то же время как общий принцип та степень, в какой от обеспеченного кредитора будет требоваться участие в голосовании, будет зависеть от использованного в режиме о несостоятельности подхода в отношении обеспеченных кредиторов, степени, в которой план реорганизации может затрагивать обеспечительные интересы обеспеченного кредитора, и степени, в которой стоимость обремененных активов позволит удовлетворить требование обеспеченного кредитора.

513. Согласно одному из подходов, в том случае, если законодательство о несостоятельности не затрагивает обеспеченных кредиторов и, в частности, не препятствует им в осуществлении своих прав в отношении обремененных активов, не имеется необходимости в предоставлении таким кредиторам права участвовать в голосовании, поскольку их обеспечительные интересы планом затрагиваться не будут. Согласно этому подходу, аналогичное положение занимают и кредиторы с преимущественным правом требования: план не может уменьшить стоимость их требований, и они имеют право на получение платежа в полном объеме. В то же время присущее этому подходу ограничение состоит в том, что он может снизить шансы на успешное проведение реорганизации, особенно в тех случаях, когда для успешной реализации плана важнейшее значение имеют обремененные активы. Если обеспеченный кредитор не связан планом, то его решение об осуществлении своих прав, например о восстановлении во владении и продаже обремененных активов, может обусловить невозможность осуществления реорганизации предприятия. Аналогично, при некоторых обстоятельствах, единственный способ создания возможности для успешной реализации плана может состоять в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором кредиторы с преимущественным правом требования получат после принятия плана сумму меньшую, чем полная стоимость их требований. Таким образом, перспективы реорганизации могут быть улучшены, если кредиторы с преимущественным правом требования согласятся на отсрочку платежа и если обеспеченные кредиторы не будут возражать против будущего изменения условий обеспечения долга. Если же они не будут включены в план и от них потребуется голосование по предложениям, затрагивающим их права, невозможно будет добиться изменения этих прав.

514. В той мере, в какой стоимость обремененных активов не будет достаточной для удовлетворения требования обеспеченного кредитора в полном объеме, в законодательстве ряда стран о несостоятельности предусматривается возможность голосования таких обеспеченных кредиторов вместе с обычными необеспеченными кредиторами по вопросам, касающимся неудовлетворенной части их требования. В правовых системах некоторых стран в результате такого порядка возникают сложные вопросы оценки для определения того, является ли обеспеченный кредитор действительно обеспеченным и в какой мере он таковым является. Например, в случаях, когда три кредитора являются держателями обеспечения в одних и тех же активах, стоимость таких активов может быть достаточной только для удовлетворения первого по порядку очередности требования и частично второго по порядку очередности требования. Таким образом, второй кредитор может иметь право принять участие в голосовании только в отношении необеспеченной части его требования, тогда как третий кредитор окажется полностью необеспеченным. Таким образом, оценка активов имеет важнейшее значение для определения степени обеспеченности обеспеченных кредиторов и, следовательно, того, требуется ли, чтобы они голосовали как необеспеченные кредиторы по вопросам, касающимся любой части их требования.

515. Для решения вопроса об участии обеспеченных кредиторов в голосовании по плану реорганизации применяются самые разнообразные подходы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что обеспеченные кредиторы и кредиторы с преимущественным правом требования голосуют как отдельные категории по плану, который предусматривает ухудшение условий их требований или иным образом предусматривает получение их согласия на обязательную силу плана. Принятие подхода, позволяющего обеспеченным кредиторам голосовать как отдельной категории, является признанием того, что соответствующие права и интересы обеспеченных кредиторов отличаются от соответствующих прав необеспеченных кредиторов. Тот же довод справедлив и для кредиторов с

преимущественным правом требования. Однако во многих случаях права обеспеченных кредиторов будут отличаться друг от друга, и может оказаться нецелесообразным требовать, чтобы все обеспеченные кредиторы голосовали в составе единой категории. В таких случаях законодательством некоторых стран предусматривается, чтобы каждый обеспеченный кредитор образовывал собственную категорию. Когда обеспеченные кредиторы принимают участие в голосовании, требуемое большинство голосов какой-либо категории обеспеченных кредиторов будет таким же, как и большинство, которое требуется для принятия плана необеспеченными кредиторами, хотя имеются примеры законодательств, которые требуют наличия иного большинства голосов в зависимости от порядка, в котором права обеспеченных кредиторов должны быть затронуты в плане (например, большинство в три четверти голосов требуется в случаях, когда должен продлеваться срок погашения обязательств, и большинство в четыре пятых – когда соответствующие права должны умаляться иным образом).

516. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы голосуют по категориям, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что в той мере, в какой требуемое большинство голосует за принятие плана, несогласные члены этой категории будут связаны его условиями при наличии определенных мер защиты. Согласно такому законодательству, меры защиты, доступные несогласным обеспеченным кредиторам, могут включать предоставляемое им право получить сумму, по крайней мере такую же, какую они получили бы в случае ликвидации, и только при выполнении этого условия план будет иметь для них обязательную силу, или же они могут быть связаны планом, если в нем предусмотрена выплата им полного стоимостного объема их обеспечительного интереса с процентами по рыночной ставке в течение определенного периода времени. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что суд имеет право вынести решение, что план имеет обязательную силу для обеспеченных кредиторов при условии соблюдения определенных условий. К числу таких условий могут относиться следующие: взыскание обеспечительного интереса обеспеченным кредитором окажет существенное неблагоприятное воздействие на достижение целей плана; обеспечительные интересы обеспеченного кредитора будут в достаточной мере защищены планом; и положение обеспеченного кредитора не будет далее ухудшаться согласно плану или в результате его осуществления (например, будет произведена выплата будущих процентов, и стоимость обремененного актива, обеспечивающего обеспечительный интерес, не пострадает). В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что план не может быть "навязан" каким-либо обеспеченным кредиторам, если на это не получено их согласие.

517. При определении подхода, который следует использовать в этом вопросе, важно будет оценить воздействие желательного подхода на наличие и стоимость финансирования сделок под обеспечение, а также добиться максимально возможной определенности и предсказуемости, приводя все это в соответствие с целями законодательства о несостоятельности и пользой, которую принесет экономике успешная реорганизация.

c) Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами

518. Для предоставления в распоряжение обычных необеспеченных кредиторов эффективных возможностей принять участие в голосовании по плану могут использоваться различные механизмы. Независимо от избранного механизма желательно обеспечить его максимально возможную простоту и четко оговорить его в законодательстве о несостоятельности с целью создания условий предсказуемости и прозрачности.

i) Категории необеспеченных кредиторов

519. В законодательстве ряда стран о несостоятельности не предусматривается разделение необеспеченных кредиторов на различные категории, а устанавливается порядок, при котором они голосуют как единая группа.

520. В странах, где установлены категории обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования, часто также предусматривается разделение на различные категории и обычных необеспеченных кредиторов на основе их различных экономических интересов. Цель создания таких категорий состоит в том, чтобы повысить возможность осуществления успешной реорганизации по меньшей мере в трех аспектах: за счет обеспечения пригодного средства для определения различных экономических интересов необеспеченных кредиторов; за счет создания основы для структурирования условий плана; и за счет предоставления суду возможности использовать поддержку плана требуемым большинством кредиторов одной категории для того, чтобы сделать его обязательным для других категорий, не поддерживающих план. Поскольку установление различных категорий потенциально может усложнить процедуру голосования, такой порядок, возможно, является желательным только в случае существования причин, настоятельно требующих особого режима для некоторых обычных необеспеченных кредиторов, таких как большое число кредиторов, у которых нет общих экономических интересов. К числу критериев, которые могут использоваться для определения общности интересов, могут относиться следующие: характер задолженности, из которой возникают требования, и средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении кредиторов в отсутствие плана реорганизации, в том числе объем возможного возмещения по своим требованиям, которое кредиторы могут получить с помощью этих средств. В тех случаях, когда число необеспеченных кредиторов невелико или когда их интересы являются аналогичными, может и не возникать необходимости в проведении их голосования в связи с принятием плана по различным категориям, что позволит упростить процедуру голосования.

ii) Определение категории

521. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается порядок определения категорий обычных необеспеченных кредиторов или требований для целей принятия плана реорганизации. Один из подходов состоит в том, чтобы, согласно плану, требования или интересы были отнесены к той или иной конкретной категории на основе общих интересов или их существенного сходства либо на основе стоимости требования. В тех случаях, когда используется критерий общности или схожести интересов, в распоряжении стороны, предлагающей план, могут иметься определенные возможности для проявления гибкости при отнесении требований к той или иной конкретной группе. Согласно другим подходам предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности предоставляет рекомендации суду до проведения голосования кредиторов по принятию плана или что категории в первой инстанции определяются должником, в распоряжении которого будут иметься определенные ограниченные возможности для проявления гибкости в том, что касается состава каждой категории; при этом необеспеченные кредиторы, не удовлетворенные составом категории, могут обратиться за разрешением этого вопроса в суд.

d) Принятие плана держателями акций

522. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается принятие планов реорганизации держателями акций по крайней мере в тех случаях, когда план будет затрагивать корпоративное

устройство, структуру капитала или состав участников предприятия должника. Кроме того, от держателей акций можно ожидать участия в голосовании в тех случаях, когда они получат долю при распределении согласно плану. В тех случаях, когда план предлагается администрацией должника, его условия уже могут быть приняты держателями акций (в зависимости от структуры соответствующего предприятия должника такое требование может устанавливаться его учредительным документом). Это часто имеет место в тех случаях, когда план непосредственно затрагивает держателей акций, если, например, предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал либо посредством передачи имеющихся акций, либо путем выпуска новых акций.

523. В обстоятельствах, когда законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам или управляющему в деле о несостоятельности предлагать план и этот план предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал, в некоторых странах допускается возможность принятия плана кредиторами, несмотря на возражения держателей акций и независимо от условий учредительного документа должника. Результатом осуществления таких планов может стать полное перемещение долей держателей акций в новое предприятие без их согласия.

e) Лица, связанные с должником

524. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что лица, связанные с должником, не должны принимать участие в голосовании по принятию плана наряду с другими кредиторами или что их голоса не могут быть засчитаны для определенных целей, например, для определения того, был ли план принят той категорией должников, правам которых будет нанесен ущерб (когда это является требованием принятия плана). В то же время в законодательстве многих стран о несостоятельности не содержится положений, специально регулирующих вопрос о лицах, связанных с должником. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности не имеется таких специальных положений, лица, связанные с должником, должны участвовать в голосовании в таком же порядке, что и другие кредиторы. На них, однако, будет, как правило, распространяться действие правовых норм, не относящихся к законодательству о несостоятельности, которые касаются их личных деловых отношений с должником и его коммерческим предприятием.

f) Требования, касающиеся принятия плана

525. В законодательстве многих стран о несостоятельности определяется минимальный уровень поддержки кредиторов, требуемый для принятия плана. Требуемое большинство может рассчитываться самыми различными способами в зависимости от того, проводится ли голосование кредиторов по категориям и какой режим применяется в отношении таких категорий при определении большинства, а также, как обсуждалось выше [II.5a)], от того, требуется ли, согласно законодательству о несостоятельности, большинство голосующих кредиторов или всех кредиторов.

i) Случаи, когда голосование не проводится по категориям

526. В тех случаях, когда кредиторы голосуют не по категориям, большинство может устанавливаться путем ссылки на долю или процентную долю стоимостного объема требований или общее число кредиторов либо устанавливаться на основе сочетания этих двух критериев. Например, согласно законодательству некоторых стран требуется, чтобы поддерживающее план большинство составляло по меньшей мере две трети или три четверти общего стоимостного объема задолженности и более чем половину или две трети общего числа кредиторов. Хотя эти доли применяются, как правило, к

кредиторам, действительно участвующим в голосовании по принятию плана, имеются примеры законодательств, которые определяют такие доли путем ссылки на общий стоимостной объем задолженности и общее число кредиторов, независимо от их фактического участия в голосовании. Используются также и иные комбинации.

ii) Случаи, когда голосование проводится по категориям

527. В тех случаях, когда кредиторы проводят голосование по категориям, применяются самые различные подходы к определению того, принят ли план. Эти подходы могут быть в некотором роде комплексными, включающими требование принятие плана как определенной категорией, так и всеми категориями, при этом большинство определяется путем ссылки в некоторых случаях – только на фактически голосующих кредиторов, а в других – на общее число кредиторов независимо от того, голосуют они или нет [см. 5a), выше].

– Большинство в рамках одной категории

528. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, для принятия плана требуется большинство голосов кредиторов одной категории, когда требуемое большинство рассчитывается на основе процентной доли или доли стоимости требований или числа кредиторов, либо сочетания этих критериев. Процедура, предусматривающая учет как стоимостного объема требований, так и числа кредиторов, хотя и затрудняет принятие плана, может быть оправданной на том основании, что она защищает коллективную природу осуществления производства. Например, если на долю какого-либо одного кредитора приходится бóльшая часть стоимостного объема долга, такое правило предотвратит возможность навязывания плана этим кредитором всем другим кредиторам против их воли. Аналогично, такое положение может воспрепятствовать тому, чтобы крупный кредитор настоял на своем непринятии плана в ущерб другим кредиторам, хотя и существуют примеры, когда законодательство наделяет кредиторов, на которых приходится более оговоренной процентной доли общего стоимостного объема требований, полномочиями налагать вето на принятие плана или навязать такое улучшение условий плана, которое принесет пользу всем кредиторам. Процедура голосования, которая предусматривает сочетание критериев стоимостного объема требований и числа кредиторов, также не позволит большому числу очень мелких кредиторов навязывать свое решение немногочисленным кредиторам, обладающим весьма крупными требованиями. Законодательство некоторых стран о несостоятельности содержит подобные положения, и даже в тех случаях, когда большинство, рассчитанное от общего числа кредиторов, поддерживает план, но на этих кредиторов приходится менее оговоренной процентной доли стоимостного объема всех требований (например, около 25–30 процентов), суд не проявит готовности к утверждению плана. Такая процедура также может быть оправданной на том основании, что она помогает обеспечить такой уровень поддержки плана, который будет достаточен для создания возможностей его успешной реализации.

– Большинство категорий

529. Законодательство некоторых стран требует, чтобы для принятия плана его поддержали все категории кредиторов. Однако законодательство ряда стран допускает поддержку лишь некоторых категорий для того, чтобы план приобрел обязательную силу для тех категорий, которые его не поддерживают. Например, может требоваться простое большинство категорий, или в тех случаях, когда план поддерживается меньшинством категорий, он тем не менее может быть обязательным для категории несогласных кредиторов при условии, что суд имеет доказательства соблюдения ряда условий. Например, согласно законодательству одной из стран, кредиторы делятся на три категории и предусматривается, что

план должен быть принят по меньшей мере двумя из этих категорий и что по крайней мере одна из одобривших его категорий не получила бы возмещения своих требований в полном объеме, если бы предприятие должника было ликвидировано. Согласно еще одному подходу требуется, чтобы объем прав по крайней мере одной из категорий, принявших план, был уменьшен согласно плану; такой порядок предусматривается для обеспечения того, чтобы план был поддержан не только теми кредиторами, права которых не затрагиваются. Согласно законодательству других стран предусматривается, что поддержка плана категориями необеспеченных кредиторов не является основанием для его принятия, если против него возражают обеспеченные кредиторы. Обсуждение этого вопроса см. ниже, в пунктах 7 и 8.

6. Случаи, когда план не может быть принят

a) Изменение предложенного плана

530. Независимо от избранного механизма голосования желательно, чтобы законодательство о несостоятельности было достаточно гибким, чтобы допустить обсуждение плана, который представлен на утверждение кредиторам и другим заинтересованным сторонам, этими сторонами в ходе процедуры голосования в целях получения широкой поддержки. Когда такие переговоры не представляются возможными, а кредиторы и другие заинтересованные стороны ограничены возможностью проголосовать только по предложенному плану без внесения изменений, вероятность принятия такого плана может снизиться. Один из способов достижения такой гибкости может состоять в том, чтобы предоставить кредиторам право объявлять большинством голосов перерыв в собрании, на котором должно быть принято решение по плану, с тем чтобы создать возможности для получения новой информации, если, как представляется, дальнейшие переговоры по плану могут привести к благоприятному результату или разрешить неурегулированные споры и вопросы. В то же время, как и во многих других положениях законодательства о несостоятельности, желательно, чтобы возможность объявления перерыва предусматривалась лишь для ограниченного круга обстоятельств или, по крайней мере, чтобы ограничивалось количество возможных случаев объявления перерыва, при установлении, возможно, предельных сроков для содействия быстрому завершению вновь открываемых переговоров и избежания злоупотребления этими процедурами.

b) Непринятие плана

531. Для случаев, когда план реорганизации не принимается, а повторные переговоры и внесение изменений в план не позволят разрешить всех возникших трудностей, в законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться различные подходы в отношении дальнейшего хода производства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что непринятие плана кредиторами должно считаться указанием на то, что они отдают предпочтение ликвидации и что реорганизационное производство может быть преобразовано в ликвидацию (см. также часть первую, главу II.D; часть вторую, главу IV.A.14). Применение этого подхода может побудить должников к предложению приемлемого плана при условии наличия защитительных положений, направленных на предотвращение злоупотребления этой процедурой в случаях, когда ликвидация отвечает интересам не всех кредиторов. Согласно законодательству других стран о несостоятельности предусматривается, что реорганизационное производство должно быть прекращено. Недостатком этого подхода является то, что должник остается в тяжелом финансовом положении, причем объем долга может увеличиться, а стоимость активов сократиться, а также то, что происходит отсрочка открытия ликвидационного производства, которое может стать неизбежным.

7. Обязательность плана для категорий несогласных кредиторов

532. Как отмечалось выше, в некоторых странах, где предусматривается участие в голосовании по принятию плана обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования, а также создание различных категорий необеспеченных кредиторов, также устанавливается механизм, который позволяет при поддержке плана одной или несколькими категориями кредиторов сделать его обязательным для других категорий (включая, согласно законодательству некоторых стран, категории обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования), не поддержавших план. Такой механизм иногда называется положением о "навязывании плана". Когда такие положения включены в законодательство о несостоятельности, в нем, как правило, также предусматриваются условия, направленные на обеспечение защиты интересов таких категорий кредиторов, не согласных с планом. Поскольку полномочиями на рассмотрение вопроса о соблюдении таких условий, как правило, наделяется суд, эти вопросы рассматриваются в нижеследующем разделе.

8. Утверждение плана судом

533. Утверждение судом плана, принятого кредиторами, требуется отнюдь не во всех странах: единственным необходимым условием для вступления плана в силу является его принятие требуемым большинством кредиторов, а его обязательность для несогласных кредиторов обусловливается действием законодательства о несостоятельности. В таких системах суд все же будет выполнять определенные функции в процессе рассмотрения плана в случаях, когда миноритарные кредиторы или другие заинтересованные стороны, включая должника, оспаривают как сам план, так и средства, при помощи которых он был принят. В других странах для того, чтобы план вступил в действие и имел обязательную силу, его утверждение судом необходимо.

a) Оспаривание принятия плана

534. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается возможность оспаривания принятия плана в суде. Процедура слушания такого оспаривания может зависеть от избранного механизма обеспечения эффективности плана. Например, если утверждения плана судом не требуется, то миноритарные кредиторы или другие заинтересованные стороны, включая должника, могут оспорить принятие плана в суде после голосования по его принятию. Когда законодательство о несостоятельности требует утверждения принятого плана судом, оспаривание может иметь место во время слушаний по утверждению плана. В законодательстве также следует определить стороны, которые могут оспорить принятие плана, и сроки любого оспаривания, особенно когда причиной оспаривания является мошенничество и может потребоваться установление любых сроков по соотнесению со временем обнаружения мошенничества. В законодательстве также может потребоваться решить вопрос о последствиях успешного оспаривания плана, таких как возможность дальнейшего рассмотрения вопроса о принятии плана в зависимости от того, на каком основании ходатайство об оспаривании было удовлетворено, или осуществление преобразования производства в ликвидационное.

535. В законодательстве ряда стран о несостоятельности устанавливаются основания для оспаривания принятия плана. К их числу могут относиться следующие: принятие плана было достигнуто с помощью мошеннических действий (например, предоставление кредиторам и другим заинтересованным сторонам ложной или вводящей в заблуждение информации или утаивание существенной информации в отношении плана реорганизации или финансового состояния должника); определенные нарушения в процедуре голосования

(например, участие связанных с должником лиц, когда это не допускается законодательством о несостоятельности, или несоответствие решения о принятии плана интересам кредиторов в целом); определенные нарушения в организации или ходе проведения собрания, на котором осуществлялось голосование (например, не было предоставлено надлежащее уведомление о проведении собрания); предложения, включенные в план, были выдвинуты в ненадлежащих целях или план содержит положения, противоречащие закону; план не является реально осуществимым (например, для успешного осуществления плана требуются обремененные активы, однако обеспеченные кредиторы не связываются планом и не была достигнута договоренность с соответствующими обеспеченными кредиторами в том, что касается принудительного взыскания их обеспечительных интересов); план не удовлетворяет требованиям о защите несогласных кредиторов в рамках какой-либо категории (например, согласно плану они получат меньше, чем получили бы в случае ликвидации); предложения наносят несправедливый ущерб интересам лица, представившего возражение; или режим в отношении требований в плане не соответствует классификации требований, предусмотренной в законодательстве о несостоятельности (если нет договоренности об изменении этой классификации).

536. Поскольку, по всей вероятности, процедуры реорганизации нанесут тот или иной ущерб интересам всех кредиторов, как правило, потребуется установить уровень ущерба или вреда, превышающий уровень ущерба или вреда, нанесенного другим кредиторам или категориям кредиторов, что даст кредитору возможность успешно оспорить принятие плана. Если оспаривающий план кредитор голосовал за его принятие, то основания для оспаривания могут ограничиваться, например, ссылками на мошенничество или другие нарушения.

b) Действия, необходимые для утверждения плана судом

537. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности требует утверждения плана судом (или, в некоторых странах, административным органом), как правило, ожидается, что суд утвердит план, принятый требуемым большинством кредиторов (голосовавших по категориям или иным образом). Во многих странах судам предоставлена возможность играть активную роль в "связывании" кредиторов путем придания плану принудительной силы в отношении какой-либо категории кредиторов, выступивших против его принятия. Это может потребовать от суда выполнения определенных функций, носящих характер юридической формальности: от суда не требуется изучения коммерческих соображений, лежащих в основе принятого плана, а только обеспечение того, чтобы план был принят надлежащим образом (т. е. не имеется свидетельств о мошенничестве в процедурах принятия) и чтобы были выполнены определенные условия. Эти условия могут быть аналогичны тем или точно теми же, что относятся к оспариванию плана, например, что категории кредиторов, возражающих против плана, примут участие в долевом распределении экономических выгод от реализации плана; что категории кредиторов, возражающих против плана, получат по плану столько же, сколько они получили бы в случае ликвидации; что ни один кредитор не получит больше, чем полный стоимостной объем его требования; что планом признается обычная классификация требований соответственно законодательству о несостоятельности; и что к кредиторам, относящимся к одной и той же категории, будет применяться одинаковый режим. Законодательство некоторых стран о несостоятельности допускает, что категории необеспеченных кредиторов, не имеющих права на преимущественные права требования, могут при наличии требуемого большинства голосов кредиторов этой категории согласиться на иную классификацию, чем та, что по законодательству о несостоятельности применяется к распределению при ликвидации. Такая

категория обычных необеспеченных кредиторов, которая не получит полной оплаты долга, может согласиться, например, на свое отнесение к категории кредиторов с правом требования второй очереди или к категории держателей акций. Требования и издержки, которые являются административными требованиями или имеют право быть оплаченными в первую очередь, как правило, должны оплачиваться полностью, чтобы план реорганизации был утвержден, кроме тех случаев, когда держатель требования или издержек соглашается на иной режим. Законодательство некоторых стран требует, чтобы суд оценивал дополнительные обстоятельства, например, можно ли считать план справедливым в отношении тех категорий, интересам которых он наносит ущерб, но которые тем не менее его приняли.

538. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, суду предоставляется право отклонить план на основании его нереальности или невозможности осуществления с практической, а не экономической точки зрения. Такой подход может быть оправдан, например, в тех случаях, когда план не является обязательным для обеспеченных кредиторов, но не предусматривает также и полного удовлетворения их обеспеченных прав требования. Суд может отклонить план в подобном случае, если сочтет, что обеспеченные кредиторы осуществят свои права в отношении обремененных активов, что сделает осуществление плана невозможным. Риск возникновения подобных ситуаций должен быть учтен в положениях, касающихся подготовки и принятия плана.

539. Чем более сложные решения требуются от суда в отношении принятия или утверждения плана, тем более значительные требования предъявляются к соответствующим знаниям и опыту судей и тем более широкие возможности создаются для вмешательства судей в, по сути, коммерческие решения кредиторов о принятии или отклонении плана. Желательно, в частности, чтобы от суда не требовалось рассмотрения экономических или коммерческих соображений, лежащих в основе решения кредиторов (включая вопросы справедливости, которые не связаны с процедурой принятия, а относятся к существу достигнутого соглашения), а также рассмотрения конкретных аспектов плана с точки зрения их экономической осуществимости, если только он не обладает соответствующей компетенцией и опытом, чтобы делать это. По этим причинам желательно тщательно прорабатывать требования к принятию плана кредиторами и его утверждению судом (когда это требуется), чтобы свести к минимуму возможность возникновения проблем, схожих с теми, которые обсуждаются здесь.

9. Действие принятого [и утвержденного] плана

540. Когда план принимается требуемым большинством кредиторов и, если это необходимо, утверждается судом, в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что он приобретает обязательную силу в отношении всех затронутых обычных необеспеченных кредиторов, включая кредиторов, проголосовавших за принятие плана, кредиторов, не согласных с ним, и кредиторов, не принимавших участие в голосовании по плану. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что план будет иметь обязательную силу для директоров, акционеров и участников предприятия должника, а также других сторон, определенных судом. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается, что стороны, которые связаны планом, не имеют права обращаться в суд с ходатайством о ликвидации предприятия должника (за исключением особых случаев, когда, например, осуществление плана срывается или когда должник не выполняет своих обязательств, предусмотренных планом), возбуждать или продолжать юридические процедуры в отношении должника или продолжать действия по взысканию долга без согласия суда. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что после принятия плана

кредиторами или его утверждения судом (когда это требуется) имущество, входящее в имущественную массу в деле о несостоятельности, возвращается под контроль должника для осуществления плана и должник может получить освобождение от ответственности по долгам и требованиям, как это предусматривается планом.

10. Оспаривание плана после его утверждения судом

541. Многие из тех законодательств о несостоятельности, которые требуют утверждения плана судом, предусматривают возможность оспаривания плана в суде после проведения слушаний о его утверждении (в ряде случаев – в течение установленного срока). Поскольку требуется, чтобы до утверждения плана суд был удовлетворен в отношении выполнения ряда условий, оснований для оспаривания плана после утверждения может быть меньше, чем оснований для этого во время утверждения, и их число может быть ограниченным, например, они могут сводиться только к мошенничеству. Когда законодательство о несостоятельности разрешает такое оспаривание после утверждения, может быть желательным установление точного срока после обнаружения мошенничества, в течение которого ходатайство об оспаривании может быть подано, а также определение тех, кто вправе подавать такое ходатайство. В тех случаях, когда ходатайство об оспаривании уже утвержденного плана удовлетворяется, законодательством о несостоятельности могут предусматриваться разные варианты решений. Например, план может быть аннулирован и производство преобразовано в ликвидацию, или же должник может быть оставлен в его тяжелом финансовом положении и активы возвращены под его контроль. Последний подход не позволяет урегулировать тяжелое финансовое положение должника и может просто привести к отсрочке открытия ликвидационного производства, в результате чего произойдет дальнейшее сокращение стоимости активов должника до того, как это производство наконец начнется. При определении наиболее подходящего варианта действий в обстоятельствах, когда ходатайство об оспаривании было удовлетворено, необходимо учитывать степень фактического выполнения плана и определить режим в отношении мер, принятых в ходе его выполнения, таких как выплаты, произведенные кредиторам.

11. Внесение поправок в план после его принятия кредиторами

542. Законодательство о несостоятельности может содержать положение об ограниченной возможности внесения поправок в план после его принятия кредиторами (а также до и после утверждения, когда таковое требуется), если его реализация срывается или признана невозможной частично или полностью и если данная конкретная проблема может быть решена. Из числа тех законодательств о несостоятельности, которые допускают внесение изменений, некоторые предусматривают возможность изменения плана, только если предложенные изменения наилучшим образом отвечают интересам кредиторов. Согласно законодательству других стран предусматривается, что в план могут быть внесены изменения, если обстоятельства требуют их внесения и если план в измененном виде по-прежнему удовлетворяет требованиям законодательства о несостоятельности, касающимся, например, содержания, категорий кредиторов и направляемых кредиторам уведомлений. Как правило, любая заинтересованная сторона вправе предлагать внесение изменений в план в любое время. Единственное ограничение, которое может касаться сроков, относится к принятию изменений судом. Такое требование делает необходимым ведение открытого производства и наличие соответствующей компетенции суда. Если производство завершилось после принятия (и утверждения) плана, принятия предложенных поправок затронутыми этим кредиторами может быть достаточно, если не будет выдвинуто каких-либо дополнительных требований.

543. В зависимости от характера изменений может и не возникать необходимости в получении согласия всех категорий кредиторов, поскольку в некоторых случаях получение такого согласия может быть затруднено. К числу альтернативных подходов может относиться разрешение на то, чтобы мелкие изменения одобрялись судом или кредиторами, которых затронуло данное изменение; обеспечение того, что кредиторы, высказавшиеся за принятие плана, уведомляются о предложенных изменениях и им разрешено выдвигать возражения против этих изменений в течение оговоренного срока, в противном же случае будет считаться, что они согласились с изменениями. Аналогичный подход может быть использован в отношении кредиторов, высказавшихся против принятия плана. Когда предложенное изменение является существенным, может потребоваться согласие всех кредиторов. Такое законодательство о несостоятельности, которое требует утверждения плана судом, может также требовать, чтобы изменения удовлетворяли правилам или условиям, относящимся к утверждению.

544. Какой бы подход ни был принят, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности требовало не только уведомления соответствующих кредиторов (всех кредиторов или только тех, которые оказались затронутыми) и указания стороны, ответственной за направление такого уведомления, но и раскрытия информации, относящейся к провалу плана и предложенному изменению. Когда первоначальный план утвержден судом, может также потребоваться утверждение и вносимых в план изменений. В тех случаях, когда требуемое одобрение предлагаемых изменений не получено или не может быть получено, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были освещены последствия таких обстоятельств. Такие последствия могут быть аналогичны тем, что обсуждались выше в отношении непринятия плана кредиторами и удовлетворения ходатайств об оспаривании плана, с учетом действий, которые уже были приняты по его реализации, и режима в отношении уже осуществленных платежей, продолжения контрактов и т. д.

12. Выполнение плана

545. Многие планы могут быть выполнены должником без необходимости дальнейшего вмешательства суда или управляющего в деле о несостоятельности. Это в особенности относится к случаям, когда речь идет о реорганизации под самостоятельным управлением должника и в соответствии с теми законодательствами, которые предусматривают завершение производства, когда план вступает в силу. В соответствии с другими законодательствами, которые предусматривают, что производство завершается не в это время, а после полного выполнения плана, иногда может быть необходимо, чтобы это выполнение проходило под надзором или контролем независимого лица. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что надзорные функции суда в отношении предприятия должника сохраняются и после принятия и утверждения плана вплоть до его полного осуществления. Это может иметь большое значение в случае возникновения проблем толкования в связи с вопросами выполнения или характера обязательств должника или других лиц. В некоторых странах предусматривается, чтобы суд санкционировал продолжение надзора за делами должника – в разной степени – со стороны надзорного органа или управляющего в деле о несостоятельности после принятия плана. Еще один подход разрешает кредиторам назначать надзорный орган или представителя для наблюдения за выполнением плана.

13. Случаи срыва осуществления плана

546. Для случаев, когда должник не выполняет своих обязательств, предусмотренных планом, или осуществление плана срывается по каким-либо иным причинам, законодательство о несостоятельности предусматривает

возможность разных подходов к последствиям таких событий. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что суд может прервать действие плана и преобразовать производство в ликвидационное. Согласно законодательству других стран, действие плана будет прекращено только в отношении конкретного нарушенного обязательства (а в остальном он сохранит свою силу). Затронутый кредитор не будет более связан планом, и его требование будет восстановлено в полном объеме (в том случае, если он согласился получить меньшую сумму, чем была предусмотрена планом). В ряде случаев такая ситуация может возникнуть, только если должник существенно просрочил платежи[91] в ходе выполнения установленных планом обязательств. В некоторых странах последствия невыполнения обязательств могут оговариваться в самом плане.

547. Другой подход может состоять в том, чтобы считать производство по делу о несостоятельности завершенным и разрешить кредиторам прибегать к другим средствам судебной защиты, предусмотренным законодательством. Как уже обсуждалось выше, этот подход не разрешает финансовых трудностей должника и может вызвать борьбу за активы, избежать которой предполагалось с помощью открытия коллективного производства. Компромиссный подход мог бы состоять в том, чтобы разрешить кредиторам представить в течение оговоренного срока иной план и предусмотреть ликвидацию только для тех ситуаций, когда приемлемый план не может быть подготовлен в эти сроки. Необходимо признать, что в тот или иной момент баланс между соображениями обеспечения достижения наилучших результатов для всех кредиторов и необходимостью принятия практически возможных решений может быть нарушен в пользу практических решений, и в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть достаточные возможности для проявления гибкости с тем, чтобы допустить такой вариант действий.

14. Преобразование в ликвидацию

548. В ходе реорганизационного производства может возникнуть ряд обстоятельств, на случай которых было бы желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности механизм преобразования процедур в ликвидацию. Основными причинами для такого преобразования должны стать невозможность представления или принятия плана реорганизации или принятия предложенных изменений плана; невозможность получения его утверждения (когда требуется утверждение судом); удовлетворение ходатайства об оспаривании принятого или утвержденного плана; большинство голосов кредиторов в пользу прекращения реорганизации, поданное на собрании кредиторов; или существенное или значительное невыполнение должником его обязательств, установленных планом. Также, возможно, было бы уместно предусмотреть преобразование в случаях, когда установлено отсутствие разумной вероятности успешной реорганизации коммерческого предприятия или когда становится очевидным, что должник злоупотребляет реорганизационными процедурами или не проявляет готовности к сотрудничеству с управляющим в деле о несостоятельности или судом (например, утаивает информацию) либо предпринимает иные недобросовестные действия (например, совершает мошеннические переводы средств), или когда предприятие продолжает нести убытки в период проведения реорганизации либо не оплачиваются административные расходы (см. также главу I.B.8). Законодательство некоторых стран также вменяет в обязанность управляющему в деле о несостоятельности прекратить свои полномочия по проведению реорганизационных процедур в целях сохранения стоимости требований кредиторов, как только станет

[91] Согласно законодательству одной из стран, для этого необходимо наличие требования кредитора об уплате причитающегося долга и неспособности должника удовлетворить это требование в течение минимального срока, составляющего не менее 2 недель.

очевидным, что реорганизация будет невозможна. Установление в законодательстве о несостоятельности положения относительно преобразования реорганизации в ликвидацию обеспечит предсказуемость окончательного исхода производства, хотя оно и может привести к дополнительным задержкам и сокращению стоимости, если будет действовать требование о возбуждении ликвидационного производства, как если бы оно было новым производством, а не основывалось на первоначальном ходатайстве.

549. Для случаев, когда реорганизационное производство преобразуется в ликвидационное, законодательство о несостоятельности должно также предусмотреть возможность рассмотрения статуса всех действий, предпринятых управляющим в деле о несостоятельности до принятия плана; вопроса о продолжении применения моратория, особенно в отношении обеспеченных кредиторов, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные предельные сроки начала производства [см. главу II.B.3c)]; режима в отношении платежей, сделанных в ходе выполнения плана до начала преобразования; а также режима в отношении требований кредиторов, которые были поставлены под угрозу в ходе реорганизации. Может потребоваться защита платежей, произведенных во время реорганизации, от действия положений о лишении юридической силы. Требования, которые были поставлены под угрозу во время реорганизации, могут быть восстановлены до полной стоимости в ходе любой последующей ликвидации. Вопрос о невыполнении может быть также внесен в план реорганизации, в котором могут быть определены права кредиторов в таком случае. Такой подход упрощает вопрос о режиме в отношении указанных требований и обходит потенциально сложные вопросы применимого законодательства.

550. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает преобразование, связанный с этим вопрос состоит в том, как следует инициировать этот процесс: должно ли это происходить автоматически, когда будут выполнены определенные условия, или требуется обращение в суд управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности является той стороной, которая, не считая должника или его администрации, обладает наилучшими знаниями относительно коммерческого предприятия должника и которой очень часто на раннем этапе становится известно о том, является ли предприятие должника рентабельным, ему может быть отведена ключевая роль в процессе преобразования. Кроме того, было бы, возможно, целесообразным разрешить кредиторам или комитету кредиторов (если он учрежден) обращаться в суд на тех же основаниях с ходатайством о преобразовании производства. Суду могут быть также предоставлены полномочия на преобразование производства по его собственной инициативе, если соблюден ряд условий.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся плана реорганизации, заключаются в следующем:

a) облегчить санацию предприятий в соответствии с законодательством, чтобы сохранить рабочие места и в определенных случаях защитить инвестиции;

b) определить те предприятия, которые могут быть реорганизованы;

c) максимизировать стоимость имущественной массы;

d) способствовать переговорам по плану реорганизации и его утверждению, а также предусмотреть последствия утверждения, включая механизм, обеспечивающий обязательную силу плана для должника, всех кредиторов и других заинтересованных сторон;

e) урегулировать последствия непредставления приемлемого плана реорганизации или невозможности добиться принятия плана кредиторами, включая случаи преобразования реорганизационного производства в ликвидационное при определенных обстоятельствах;

f) предусмотреть условия осуществления плана реорганизации и последствия его невыполнения.

Содержание законодательных положений

Подготовка плана – сроки

123) a) Когда требуется план, в законодательстве должно быть установлено, что план предлагается во время или после подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или в течение оговоренного срока после открытия производства по делу о несостоятельности:

i) этот срок должен устанавливаться законодательством;

ii) суду должно быть предоставлено полномочие продлевать срок при определенных обстоятельствах.

b) Законодательство должно также решить вопрос установления сроков, когда процедура ликвидации преобразуется в процедуру реорганизации.

Представление плана – стороны, которым это разрешено

124) В законодательстве должны быть указаны стороны, которым разрешается представлять план на одобрение.

125) В вопросе о представлении плана законодательством должен быть принят гибкий подход, предусматривающий возможность участия всех сторон, играющих центральную роль в производстве по делу о несостоятельности, т. е. должника, кредиторов и управляющего в деле о несостоятельности. Законодательство также может предусматривать сочетание различных элементов:

a) одной из сторон может предоставляться исключительный срок для предложения плана. С тем чтобы поощрить должников к подаче заявлений об открытии производства на раннем этапе финансовых затруднений, такая возможность должна предоставляться должнику. От этой стороны может потребоваться проведение консультаций с другими сторонами с тем, чтобы обеспечить предложение приемлемого плана;

b) в том случае, когда в течение исключительного срока никакого плана не предлагается, возможность предложить план может быть предоставлена другим сторонам, например управляющему в деле о несостоятельности, кредиторам или комитету кредиторов в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, или же суд может продлить исключительный срок, если сторона, которой этот исключительный срок предоставлен, сможет доказать, что такое продление оправдано.

Подготовка заявления о раскрытии информации

126) Законодательство должно содержать требование о том, чтобы план, представляемый на рассмотрение кредиторам и держателям акций, сопровождался заявлением о раскрытии информации, которое позволит принять обоснованное решение относительно плана. Это заявление должно быть

подготовлено той же стороной, которая предлагает план, и представлено кредиторам и держателям акций одновременно с планом.

Представление плана и заявления о раскрытии информации

127) Законодательство должно устанавливать механизм представления кредиторам и держателям акций плана и заявления о раскрытии информации, требуемых для принятия плана.

Содержание плана

128) В законодательстве должно оговариваться минимальное содержание плана, включая следующее:

a) подробные сведения о категориях кредиторов и предусмотренном в плане режиме в отношении каждой из них (например, размер причитающейся суммы и сроки платежей);

b) условия и положения плана, включая следующее:

[i) режим в отношении обремененных активов;]

ii) режим в отношении контрактов, включая трудовые соглашения;

iii) роль должника в реализации плана, в том числе вопросы контроля над активами;

c) средства реализации плана, которые могут включать:

i) возможность продажи всего или части предприятия должника;

ii) предлагаемые изменения в структуре капитала предприятия должника;

iii) изменения в учредительном документе предприятия должника;

iv) слияние должника с одним или несколькими лицами или его консолидация;

v) [изменение условий обеспечительных интересов, включая] отсрочку даты погашения обязательств или изменение процентной ставки или другого условия;

[vi) продолжение использования обремененных активов;]

vii) распределение всех или части активов имущественной массы среди тех, кто имеет интерес в этих активах;

viii) определение лиц, несущих ответственность за будущее управление предприятием должника;

ix) надзор за осуществлением плана.

Содержание заявления о раскрытии информации

129) В законодательстве должно быть установлено, что заявление о раскрытии информации должно включать[92]:

a) информацию о финансовом положении должника, включая баланс активов и пассивов и ведомости движения наличности;

b) сопоставление режима, предусматриваемого для кредиторов согласно плану, с теми суммами, которые они в противном случае получили бы в результате ликвидации;

[92] Если управляющий в деле о несостоятельности не подготавливает план и заявление или не участвует в их подготовке, он должен представить свои замечания по обоим документам.

c) основание, на котором предприятие будет способно продолжить коммерческую деятельность и может быть успешно реорганизовано;

d) информацию, указывающую, что с учетом последствий реализации плана активы должника превысят его обязательства и что надлежащие меры приняты для удовлетворения всех обязательств, предусмотренных планом; а также

e) информацию о механизмах голосования по принятию плана.

Механизмы голосования

130) Законодательство должно устанавливать механизм проведения голосования по принятию плана. Этот механизм должен регулировать такие вопросы, как круг кредиторов, имеющих право принимать участие в голосовании по плану; порядок проведения голосования: будет ли оно проходить на собрании кредиторов, созванном для этой цели, или осуществляться по почте или с помощью других средств, включая электронные, и использования доверенности; а также вопрос о том, должны ли кредиторы голосовать по категориям согласно их соответствующим правам. Законодательство должно допускать, чтобы план, представляемый на утверждение кредиторам, обсуждался в процессе утверждения.

Принятие плана кредиторами конкретной категории

131) Законодательство должно устанавливать большинство, требуемое для принятия плана конкретными категориями кредиторов. В тех случаях, когда требуемое большинство поддерживает план, вся эта категория считается принявшей план. Это большинство должно подсчитываться по соотнесению к числу фактически принявших участие в голосовании, будь то лично, по доверенности или при помощи иных средств.

132) Устанавливать требование о большинстве на основе единогласия или о простом большинстве от числа проголосовавших не рекомендуется. Альтернативные подходы могут включать требование о пропорциональном сочетании критериев числа принявших участие в голосовании и суммы требований, например простое большинство от числа принявших участие в голосовании в сочетании с простым или более значительным большинством (например, большинством в две трети) в расчете по сумме требований голосующих.

Принятие категориями кредиторов

133) Для тех случаев, когда голосование по принятию плана проводится по соотнесению к категориям, законодательство должно установить, как рассматривать итоги голосования каждой категории в целях принятия плана. [Могут применяться разные подходы, включая требование о принятии плана квалифицированным большинством категорий или всеми категориями.]

134) В тех случаях, когда законодательство не требует принятия всеми категориями, в нем должен определяться режим в отношении категорий, не голосовавших в поддержку плана, который в ином случае был принят требуемым[ми] [категориями] [большинством категорий].

Непринятие плана

135) Законодательство должно определить последствия непринятия плана требуемым большинством кредиторов.

Обязательная сила плана

136) Законодательство должно установить, что план имеет обязательную силу для должника, кредиторов и других заинтересованных сторон на основании:

a) принятия требуемым большинством кредиторов; или

b) принятия в соответствии с пунктом a) и утверждения принятого плана судом.

Продолжение использования обремененных активов

[137) Законодательство может предусматривать, что если обеспеченные кредиторы не поддерживают план и для реорганизации требуются обремененные активы, суд может вынести постановление о возможности продолжения использования этих активов в ходе реорганизации при условии обеспечения защиты интересов необеспеченных кредиторов.]

Утверждение принятого плана

138) Когда законодательство требует утверждения принятого плана судом, суд должен утвердить план, если:

a) в процессе принятия плана не было нарушений;

[b) режим в отношении кредиторов был справедливым и равноправным;]

c) кредиторы по плану получат по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не дали особого согласия на ухудшение режима;

d) план не содержит положений, противоречащих общему праву;

[e) административные требования и расходы, а также требования, имеющие преимущественное право, будут оплачены полностью, кроме тех случаев, когда держатель такого требования или ходатайства об оплате расходов соглашается на другой режим;] и

[f) режим требований[93] в плане соответствует категоризации требований, содержащейся в законодательстве, за исключением тех случаев, когда кредиторы, которых это затрагивает, соглашаются на изменение этой категоризации[94].]

Оспаривание принятия плана (когда утверждения не требуется)

139) Когда план приобретает обязательную силу после его принятия кредиторами, а утверждения судом не требуется, законодательство должно разрешить заинтересованным сторонам, в том числе должнику, оспаривать принятие плана. Законодательство должно установить критерии оценки ходатайства об оспаривании, которые должны определять:

a) имеются ли основания, указанные в рекомендации 142; и

b) имело ли место мошенничество, к которому применимы положения пунктов a) – c) рекомендации 144.

Оспаривание утвержденного плана

140) Законодательство должно допускать оспаривание утвержденного плана на основании имевшего место мошенничества. В законодательстве должно указываться следующее:

a) сроки подачи ходатайства об оспаривании со ссылкой на время обнаружения мошенничества;

b) сторона, которая может подать такое ходатайство об оспаривании; и

---

[93] Включая административные издержки и расходы.

[94] Суд должен убедиться, что в случае получения одним или несколькими кредиторами менее благоприятного режима, чем предписано для их категории законодательством, эти кредиторы согласились на такой режим.

c) необходимость подачи в суд ходатайства об оспаривании.

141) Законодательство должно определять последствия удовлетворения ходатайства об оспаривании, как это указано в рекомендациях 139 и 140.

Внесение поправок в план

142) Законодательство должно допускать внесение поправок в план, имеющий обязательную силу, и определять стороны, которые могут предлагать поправки, а также сроки, в которые поправки могут вноситься в план.

Принятие поправок

143) Законодательство должно определить механизм принятия поправок к плану. Этот механизм должен предусматривать направление уведомления кредиторам и другим сторонам, интересы которых это затрагивает; определять сторону, которая должна направлять уведомление; требовать принятия поправок теми кредиторами, интересы которых это затрагивает, и соблюдения правил утверждения (когда такое утверждение требуется). Законодательство также должно определить последствия непринятия предложенных поправок.

Надзор за выполнением плана

144) Законодательством может быть определен механизм осуществления надзора за выполнением плана, который может включать надзор со стороны суда, назначенного судом надзирающего лица, управляющего в деле о несостоятельности или надзирающего лица, назначаемого кредиторами[95].

Преобразование в ликвидацию

145) Законодательство должно предусматривать, что суд может преобразовать реорганизационное производство в ликвидационное, когда:

[a) план не предложен в любой установленный законодательством срок, а продление срока не утверждено судом;]

[b) заявление о преобразовании сделано управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами;]

c) предложенный план не принят;

d) принятый план не утвержден (когда по законодательству требуется утверждение);

e) удовлетворено ходатайство об оспаривании принятого или утвержденного плана;

f) существенно нарушены условия плана.

B. Ускоренное реорганизационное производство

1. Введение

551. Как говорилось в части первой настоящего *Руководства*, реорганизация может принимать различные формы, включая реорганизацию, проводимую под официальным надзором суда или административного органа (основной вид реорганизации, рассматриваемый в настоящем *Руководстве*), и неофициальные (что означает проводимые вне суда) переговоры и принятие плана (в рамках настоящего обсуждения называемые переговорами и соглашениями о добровольной реструктуризации), требующие незначительного вмешательства

[95] Когда в производстве участвует должник, самостоятельно осуществляющий управление, или когда производство завершается принятием плана, необходимости в назначении надзирающего лица может не быть.

суда или не требующие его вообще и зависящие главным образом от согласия участвующих сторон. Поскольку в случае проведения переговоров о добровольной реструктуризации можно избежать многочисленных расходов, задержек, а также необходимости соблюдения процессуальных и юридических требований официального реорганизационного производства, такой вид переговоров зачастую может являться наиболее экономичным средством урегулирования финансовых трудностей должника, хотя его действенность может не распространяться на все случаи финансовых затруднений ввиду зависимости от определенных предварительных условий, обсуждаемых ниже. Тем не менее такие переговоры могут оказаться одним из ценных инструментов в ряду решений проблем несостоятельности, имеющимся в распоряжении коммерческого и делового сектора любой страны. Поощрение использования таких принятых путем переговоров решений не обязательно должно быть следствием того, что существующая в той или иной стране официальная система урегулирования дел о несостоятельности является плохо разработанной, неэффективной или ненадежной; оно обусловлено скорее теми преимуществами, которые могут быть созданы такими решениями в дополнение к официальной системе урегулирования дел о несостоятельности, обеспечивающей справедливость и определенность.

552. Достижению соглашения путем переговоров о добровольной реструктуризации часто препятствует возможность принятия отдельными кредиторами действий по принудительному применению права и необходимость единогласного согласия кредиторов на изменение условий выплаты определенных категорий задолженности. Эти проблемы многократно обостряются в контексте сложных многонациональных предприятий, когда получить согласие всех соответствующих сторон особенно сложно. В целях содействия успеху таких переговоров Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) разработала *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Эти принципы предназначены для ускорения и повышения вероятности достижения успеха переговоров путем предоставления различным группам кредиторов руководства относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общепринятых правил.

553. Переговорам о добровольной реструктуризации может также препятствовать меньшинство затронутых кредиторов, которые могут отказаться согласиться с решением, наилучшим образом отвечающим интересам большинства кредиторов, с тем чтобы воспользоваться преимуществом своего положением для обеспечения лучших условий для себя за счет других сторон (такая практика часто называется "отказом от участия в процедурах"). В случаях такого отказа от участия реализовать добровольное соглашение можно только при наличии определенных средств для изменения договорных прав таких несогласных кредиторов без их согласия. Согласно большинству существующих правовых систем, такое изменение договорных прав требует преобразования добровольного соглашения в полномасштабное, проводимое под надзором суда реорганизационное производство в соответствии с законодательством о несостоятельности, предусматривающее участие всех кредиторов и соблюдение установленных норм разбирательства, надлежащим образом защищающих интересы несогласных кредиторов. В делах, связанных с реструктуризацией коммерческих предприятий, как правило, важнейшее значение имеет вопрос о сроках, и задержки (обычно характерные для полномасштабного производства по делу о несостоятельности под надзором суда) часто могут быть весьма дорогостоящими или даже губительными для эффективного урегулирования. Поэтому важно, чтобы суд имел возможность воспользоваться преимуществами добровольных переговоров и согласия с планом реструктуризации, полученным до начала реорганизационного производства согласно законодательству о

несостоятельности, и чтобы законодательство о несостоятельности позволяло суду ускорить такое реорганизационное производство, которое в настоящем разделе называется ускоренным реорганизационным производством.

2. Кредиторы, обычно принимающие участие в переговорах о добровольной реструктуризации

554. В переговорах о добровольной реструктуризации участвует, как правило, должник и одна или несколько категорий кредиторов, таких как ссудодатели, держатели долговых обязательств и акционеры. Кроме того, в них часто принимают участие крупные неинституциональные кредиторы, что, как правило, имеет место в том случае, когда доля таких кредиторов является настолько значительной, что без их участия проведение эффективной реструктуризации невозможно. Эти категории кредиторов зачастую считают участие в таких переговорах выгодным, поскольку имеется возможность сократить потери, которые они в противном случае понесли бы при полномасштабном производстве по делу о несостоятельности под надзором суда.

555. Ограниченность числа категорий кредиторов, которые обычно принимают участие в переговорах о добровольной реструктуризации и, таким образом, в ускоренном производстве, больше способствует достижению соглашения, чем полномасштабная реорганизация под надзором суда, которая обычно затрагивает все требования. При проведении переговоров о добровольной реструктуризации эти категории неинституциональных кредиторов обычно продолжают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций. В силу этого такие кредиторы вряд ли будут иметь какие-либо возражения против предлагаемой реструктуризации. Однако в тех случаях, когда права этих кредиторов должны претерпеть изменения согласно соглашению о добровольной реструктуризации, потребуется их согласие на такие изменения.

3. Процедуры, связанные с выполнением соглашения о добровольной реструктуризации

556. Законодательство о несостоятельности может предусмотреть признание плана, подготовленного и согласованного до начала реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности, а также ускоренный порядок такого производства. Когда это действительно имеет место, следует рассмотреть такие вопросы, как определение должников, к которым это может применяться, и сторон, которые могут быть затронуты такими процедурами.

а) Должники, имеющие право воспользоваться такими процедурами

557. Ускоренное реорганизационное производство может проводиться по заявлению любого должника, имеющего право открыть производство в соответствии с общими положениями о реорганизации законодательства о несостоятельности.

558. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности устанавливается обязательство открыть производство по делу о несостоятельности, если должник удовлетворяет оговоренным критериям, касающимся его финансового положения (например, когда он является неплатежеспособным), может потребоваться особо предусмотреть, чтобы открытие ускоренного производства удовлетворяло этому обязательству. С другой стороны, законодательство о несостоятельности может предусмотреть введение временного моратория, который даст должнику возможность избежать необходимости удовлетворять этим критериям (и таким образом избежать санкций за невыполнение обязательства обратиться с заявлением об открытии производства).

b) Затрагиваемые обязательства

559. Как отмечалось выше, виды обязательств, которые, как правило, затрагиваются в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, связаны с задолженностью по заемным денежным средствам, как институциональной, так и публичной, как обеспеченной, так и необеспеченной, и другими подобными финансовыми обязательствами. Обеспеченный долг будет также включен в повестку дня таких переговоров с согласия обеспеченных кредиторов. Задолженность перед другими кредиторами, например коммерческими кредиторами, преференциальными кредиторами, такими как налоговые ведомства и органы социального обеспечения, а также работники, обычно не включается из-за сложностей, связанных с получением необходимого согласия на изменение их требований[96], и такие кредиторы продолжают получать выплаты в ходе обычных коммерческих операций. Однако такие кредиторы могут быть включены в число участников переговоров, особенно если их права будут изменены в ходе реорганизации, при условии, что все соответствующие меры защиты в соответствии с законодательством о несостоятельности были соблюдены. Конкретные затрагиваемые обязательства в каждом отдельном случае будут теми, которые указаны в плане, подлежащем утверждению согласно этому виду производства.

c) Применение законодательства о несостоятельности

560. Помимо определения должников, которые имеют право обращаться к подобным процедурам, и установления тех, кто может обращаться с заявлением об открытии такого вида производства, в рамках режима, допускающего возможность проведения ускоренного производства, потребуется определить те применимые к полномасштабному производству под надзором суда положения законодательства о несостоятельности, которые будут применяться также и к этим процедурам, особенно если в порядок их применения будут внесены изменения. Так, например, положения, которые в целом применимы к этому виду производства в том же порядке, как и в случае полномасштабного производства под надзором суда (если они не будут изменены специально), могут включать положения по следующим аспектам: процедура подачи заявлений; начало производства; применение моратория; требования о подготовке списка всех кредиторов (чтобы проинформировать суд, направить уведомления и четко определить, кого затрагивает план, а кого нет); требования в отношении принятия плана (включая направление уведомлений всем затрагиваемым им кредиторам, определение категорий кредиторов, создание комитетов кредиторов, установление критериев большинства, необходимого для принятия плана); вступление в силу и утверждение плана; вопросы, относящиеся к реализации плана и погашению требований. Для случаев невыполнения плана, утвержденного в ходе ускоренного производства, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть последствия такого невыполнения, и, в частности, должны ли эти последствия быть такими же, как и для невыполнения плана, принятого в ходе официального производства (о котором говорится в главе IV.A.13 и 14), а также нужно ли вводить особые положения в отношении выплат, уже произведенных в ходе реализации плана.

561. Положения законодательства о несостоятельности, которые не могут применяться к ускоренному производству, должны включать нормы, относящиеся к требованиям об общем прекращении платежей или наступлении неплатежеспособности; назначению управляющего в деле о несостоятельности, если такое назначение особо не предусматривается планом; представлению требований; требованиям об уведомлении и срокам голосования по принятию плана (когда такие положения включены в законодательство о несостоятельности); и голосованию по плану. Еще одним и важным

[96] Эти коммерческие требования могут быть реструктурированы в случае получения согласия требуемого большинства.

исключением из применения законодательства о несостоятельности должно стать то, что после того как вероятность успешного утверждения плана реорганизации станет очевидной, суд может разрешить кредиторам, которые оказались не затронутыми планом, продолжать получать платежи в ходе обычных коммерческих операций.

562. Заявление об открытии ускоренного производства, возможно, будет несколько отличаться от заявления об открытии полномасштабного производства под надзором суда, чтобы можно было учесть различные основополагающие соображения. Такое заявление может, например, включать дополнительную информацию относительно уже проведенных переговоров, сделанных до начала производства заявлений и голосования категорий затронутых планом кредиторов, а также сведения о мерах защиты, предоставляемых несогласным кредиторам в рамках категорий, выразивших свое согласие с планом. В законодательстве о несостоятельности, возможно, также потребуется урегулировать вопрос о том, будет ли подача заявления означать автоматическое открытие производства или потребуется рассмотрение этого заявления судом; если потребуется рассмотрение заявления судом, то желательно, чтобы сроки такого рассмотрения были как можно более сжатыми, особенно потому, что такое заявление основано на результатах переговоров и достигнутом соглашении и задержка будет губительной не только для предприятия должника, но и для реализации плана.

d) Ускорение производства

563. Для того чтобы в полной мере использовать преимущества соглашения, достигнутого в результате переговоров, и избежать задержек, которые могут привести к невозможности выполнения этого соглашения, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть порядок, который позволит осуществить это производство в более сжатые сроки, чем при проведении полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда. Например, если план и другая документация, отвечающая формальным требованиям законодательства о несостоятельности, были согласованы на переговорах и поддерживаются значительным большинством, то суд может принять постановление о немедленном проведении собрания или слушаний, в зависимости от применимости, таким образом сократив затраты времени и средств. Может быть также предусмотрена возможность освобождения от необходимости соблюдения части требований официального производства. Например, если согласованный на переговорах план реструктуризации получил одобрение большинства кредиторов конкретной категории – как правило, институциональных кредиторов, – достаточного для соблюдения требований законодательства о несостоятельности в отношении голосования по принятию плана реорганизации, и если осуществление плана не нанесет ущерба правам других кредиторов, суд может принять постановление о проведении собрания или слушаний только с участием этой конкретной категории кредиторов, принявших план. Подобным же образом, если голоса затронутых категорий кредиторов были привлечены в соответствии с применимыми законами, регулирующими такое привлечение (включая требования о раскрытии информации, содержащиеся в применимых законах о ценных бумагах), суд должен иметь возможность обходиться без процедур привлечения голосов после начала производства.

564. Даже в том случае, когда в законодательстве о несостоятельности предусматривается возможность ускоренного рассмотрения дел, отвечающих установленным критериям, весьма желательно, чтобы оно обеспечивало несогласным кредиторам и другим сторонам не меньшую степень защиты, чем та, которую законодательство о несостоятельности предоставляет несогласным кредиторам при полномасштабном реорганизационном производстве под надзором суда. Следовательно, процессуальные требования к такому

ускоренному реорганизационному производству будут содержать в основном те же гарантии и защитные меры, что предоставляются при проведении полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда.

565. Может потребоваться внесение изменений в другие законы в целях оказания поддержки и содействия как переговорам о добровольной реструктуризации, так и этому виду ускоренного реорганизационного производства. В качестве примера можно привести такие законы, которые налагают на директоров ответственность за коммерческие операции, осуществляемые во время проведения переговоров о неофициальной реорганизации; которые не признают обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода, или распространяют на эти обязательства действие положений о расторжении сделок; и которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акционерный капитал.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, относящихся к процедурам несостоятельности, которые сочетают переговоры о добровольной реструктуризации и принятие плана с ускоренной процедурой, проводимой в соответствии с законодательством для утверждения этого плана судом, заключаются в следующем:

a) признать, что переговоры о добровольной реструктуризации, которые обычно касаются реструктуризации задолженности перед ссудодателями и другими институциональными кредиторами, а также крупными неинституциональными кредиторами, когда их участие имеет существенно важное значение для реструктуризации, но в которых не участвуют все категории кредиторов, являются экономичным и действенным средством санации предприятий, находящихся в тяжелом финансовом положении;

b) поддержать и облегчить проведение неофициальных переговоров;

c) в соответствии с законодательством разработать процедуру, которая:

i) сохранит преимущества переговоров о добровольной реструктуризации, когда план одобряет большинство каждой затронутой категории кредиторов;

ii) сведет к минимуму задержки и расходы и обеспечит сохранение плана, обсужденного и согласованного в ходе переговоров о добровольной реструктуризации;

iii) будет иметь обязательную силу для меньшинства каждой затронутой категории кредиторов и акционеров, не одобряющих согласованный план;

iv) будет основываться на тех же имеющих существенное значение требованиях, но при более сжатых сроках, что и предусмотренное законодательством реорганизационное производство, включая по сути такие же гарантии;

d) временно приостановить, с соответствующими гарантиями, выполнение требований других законов, которые могут служить препятствием или запрещать применение таких процедур, которые задерживают применение закона[97].

[97] [См. "Цели…", пункт (d)]. Например, требования о единогласном согласии на корректировку задолженности вне рамок производства по делу о несостоятельности; об ответственности

Содержание законодательных положений

Открытие ускоренного реорганизационного производства

146) В законодательстве должно быть определено, что ускоренное реорганизационное производство может быть открыто по ходатайству любого должника, который:

[a) по всей видимости, в целом не способен уплатить свои долги при наступлении сроков их погашения [или чьи обязательства, видимо, превышают его активы]] [имеет право открыть реорганизационное производство в соответствии с положениями законодательства о несостоятельности];

b) участвовал в переговорах о принятии плана и добился его принятия [путем получения при голосовании, проведенном в соответствии с применимым законодательством о несостоятельности, большинства голосов] каждой затронутой категорией [категории] кредиторов и каждого затронутого кредитора, не входящего в голосующую категорию; и

c) удовлетворяет юрисдикционным требованиям, касающимся открытия полномасштабного реорганизационного производства в соответствии с законодательством.

Требования к подаче ходатайства

147) В законодательстве должно быть определено, что ходатайство об открытии ускоренного реорганизационного производства должно сопровождаться следующими дополнительными материалами:

a) планом и заявлением, раскрывающим информацию;

b) описанием переговоров о добровольной реструктуризации, предшествовавших подаче ходатайства об открытии производства, включающим информацию, предоставленную затронутым кредиторам, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана [или краткое изложение этой информации];

c) свидетельством о том, что незатронутые кредиторы получают выплаты в ходе обычных коммерческих операций и что план не изменяет права или требования преференциальных кредиторов, таких как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба без их согласия;

d) отчетом о голосовании затронутых категорий кредиторов, свидетельствующим о том, что эти категории приняли план большинством голосов, установленным законодательством;

e) отчетом о принятии плана любыми отдельными кредиторами, чьи права изменяются в соответствии с планом;

f) анализом финансового состояния или иным свидетельством, демонстрирующим, что план удовлетворяет всем применимым требованиям, касающимся реорганизации; и

g) списком членов любого комитета кредиторов, сформированного в ходе неофициальных переговоров.

директоров, когда предприятие должника продолжает функционировать в период проведения внесудебных переговоров; положение, не признающее обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода; а также положение, ограничивающее преобразование задолженности в акционерный капитал.

Открытие производства

148) В законодательстве должно быть определено, что подача ходатайства об открытии производства будет означать автоматическое открытие производства или что суду будет необходимо незамедлительно вынести определение о том, должно ли производство быть открыто.

Последствия открытия производства

149) В законодательстве должно быть определено, что:

a) положения законодательства, применимые к полномасштабному реорганизационному производству, будут также применимы к ускоренному производству, если не будет указано, что они неприменимы[98];

b) [если иное не определено судом,] распространение последствия открытия производства должно ограничиваться должником, отдельными кредиторами и категориями кредиторов и акционеров, права которых изменены или которые затронуты планом;

c) любой комитет кредиторов, сформированный в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, должен рассматриваться как комитет кредиторов, назначенный в соответствии с законодательством;

d) слушания по вопросу об утверждении плана должны быть проведены как можно в более сжатые сроки.

Уведомление об открытии производства

150) В законодательстве должно быть определено, что уведомление об открытии ускоренного производства должно направляться кредиторам и акционерам в индивидуальном порядке. В уведомлении должно быть указано:

a) сумма требования к должнику каждого затронутого кредитора;

b) срок представления требований на иную сумму, если затронутый кредитор не согласен с суммой требования, заявленной должником, а также место, где такое требование может быть представлено;

c) время и порядок оспаривания требований, представленных другими сторонами;

d) время и место проведения слушаний по вопросу об утверждении плана, а также представления любых возражений против его утверждения; и

e) воздействие плана на акционеров.

Утверждение плана

151) В законодательстве должно быть определено, что суд утвердит план, если:

a) план удовлетворяет существенным требованиям к утверждению плана в процессе полномасштабного реорганизационного производства в той мере, в какой эти требования применимы к затронутым кредиторам и держателям акций;

---

[98] Положения законодательства, которые, как правило, не будут применяться, могут касаться следующего: полной регистрации требования; уведомления о принятии плана и его сроках; механизмов предоставления плана и заявления о раскрытии информации кредиторам и другим заинтересованным сторонам, а также получения голосов и голосования по принятию плана; назначения управляющего в деле о несостоятельности (который обычно не назначается, если того не требует план); положений о внесении поправок в план после его утверждения. Исключением из положений законодательства, применимых к полномасштабному реорганизационному производству, может быть положение о том, что кредиторы, не затронутые планом, должны получать выплаты в ходе обычных коммерческих операций в течение всего периода выполнения плана.

b) уведомления и информация, предоставленные затронутым кредиторам и держателям акций в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, были достаточными для того, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана [и любые запрошенные в соответствии с применимым законодательством до открытия производства выражения согласия с планом];

c) незатронутые кредиторы получают платежи в ходе обычных коммерческих операций, и план не изменяет права или требования таких преференциальных кредиторов, как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба без их согласия;

d) анализ финансового состояния, представленный вместе с ходатайством, демонстрирует, что план удовлетворяет всем применимым требованиям, касающимся реорганизации.

Последствия утвержденного плана

152) В законодательстве должно быть определено, что последствия утвержденного плана должны ограничиваться должником и теми кредиторами и держателями акций, которых он затрагивает.

Невыполнение утвержденного плана

153) В законодательстве должно быть установлено, что в случае существенного нарушения условий плана, утвержденного в соответствии с рекомендацией 150, производство может быть [прекращено, и кредиторы могут реализовать свои права в законном порядке] [преобразовано в ликвидацию].

V. Ведение производства

A. Режим требований кредиторов

1. Введение

566. Требования кредиторов учитываются на двух стадиях производства по делу о несостоятельности: во-первых, для цели определения того, какие кредиторы могут голосовать в ходе такого производства и каким образом они могут голосовать (в соответствии с категориями, к которым они относятся, и суммой их требования, если она имеет значение), и, во-вторых, для цели распределения (см. главу V.B). В связи с этим процедура представления требований и их признания является ключевой частью производства по делу о несостоятельности, и следует рассмотреть вопрос об определении кредиторов, которые должны представлять требования, о процедурах, применимых к представлению, проверке, признанию или отклонению требований, о последствиях непредставления требований, а также о пересмотре решений, касающихся признания или отклонения требований. Законодательство о несостоятельности должно также включать положение о последствиях представления и признания требований, поскольку такое положение будет ключевым с точки зрения участия кредитора. Например, представление требования может дать кредитору право участвовать в первом собрании кредиторов, тогда как признание требования или, по меньшей мере, предварительное признание может быть весьма важным для того, чтобы кредитор мог голосовать по различным вопросам в ходе производства.

2. Представление требований кредиторов

a) Кредиторы, которые могут быть обязанными представлять требования

567. Основной вопрос, связанный с решением о том, какие кредиторы должны будут представлять требования, касается статуса обеспеченных кредиторов, поскольку необеспеченные кредиторы (независимо от того, является ли долг условным или на определенную сумму), как правило, обязаны представить требование (конечно, если только процедура представления требований не предусматривает альтернативного механизма проведения проверки и признания требований, в соответствии с которым не требуется, чтобы все кредиторы представляли требования, – см. ниже).

568. В соответствии с теми положениями законодательства о несостоятельности, которые не включают обремененные активы в состав имущественной массы и разрешают обеспеченным кредиторам свободно реализовывать свой обеспечительный интерес в отношении обремененных активов, обеспеченные кредиторы могут быть исключены из сферы действия положений, согласно которым они обязаны представлять свое требование, в той мере, в какой их требование будет удовлетворено за счет средств, полученных от продажи обремененного актива. Если стоимость обремененного актива является меньшей, чем сумма требования обеспеченного кредитора, от такого кредитора может потребоваться представление требования в отношении необеспеченной части, как от обычного, необеспеченного кредитора. Таким образом, сумма такого необеспеченного требования зависит от стоимости обремененного актива и момента времени, в который данная стоимость определяется, а также от используемого метода оценки. Если при проведении такой оценки не применяются ясные правила, то существует вероятность возникновения некоторой неопределенности, особенно с точки зрения принятия решения в отношении прав голоса, если они подсчитываются на основе суммы требований[99].

569. Согласно другому подходу, обеспеченные кредиторы должны представлять требования в отношении полной стоимости их обеспечительного интереса, независимо от того, является ли какая-либо часть требования недостаточно обеспеченной, причем этот подход в законодательстве некоторых стран ограничивается держателями определенных видов обеспечительного интереса, таких как "плавающее" обременение, купчие или обеспечение в движимом имуществе. В некоторых из таких юрисдикций, обязывающих всех обеспеченных кредиторов представлять требование, предусматриваются серьезные последствия для тех, кто не соблюдает этого положения (см. ниже). Законодательство некоторых стран о несостоятельности разрешает также обеспеченным кредиторам передавать свой обеспечительный интерес управляющему в деле о несостоятельности и представлять требование в отношении полной стоимости своего обеспечительного интереса.

570. Если от обеспеченных кредиторов требуется представление требования, то процедуры представления и проверки в целом являются такими же, что и в отношении необеспеченных кредиторов. Довод в пользу обязанности обеспеченных кредиторов представлять требования заключается в том, что это позволяет управляющему в деле о несостоятельности получить информацию обо всех существующих требованиях, о размере обеспеченного долга и активов, которые могут быть объектом обеспечительного интереса, а также об общей сумме непогашенного долга. Какой бы подход ни был выбран, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало четкие правила в отношении статуса обеспеченных кредиторов для целей представления требований. Важно также, чтобы уведомление об открытии производства

[99] Вопрос об оценке обремененных активов рассматривается в главе II.B.8.

содержало информацию относительно представления или непредставления обеспеченных требований, особенно в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что процедура представления требований может отразиться на правах обеспеченного кредитора.

b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены

571. В прошлом законодательства разных стран о несостоятельности нередко ограничивали виды требований, которые могут быть представлены, исключая, в частности, деликтные требования на неустановленную сумму. Однако недавно возникла тенденция в направлении расширения круга требований, которые могут быть представлены, с включением в него таких деликтных требований на неопределенную сумму и требований по договору, а также условных (возможных будущих) требований. Если такие требования не включать в производство по делу о несостоятельности, то кредиторы, имеющие такие требования, не смогут принять участие в производстве и будут лишены возможности обратиться в суд для взыскания причитающихся им сумм с должника. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало широкое определение круга требований, которые могут быть представлены. Однако следует иметь в виду, что расширение такого определения может усложнить производство по делу о несостоятельности, особенно если эти требования предстоит оценить для того, чтобы они могли быть представлены и признаны, даже на предварительной основе.

i) Долг, возникший после открытия производства

572. Согласно общему принципу, требования могут быть представлены только в отношении долга, возникшего до открытия производства. Режим долгов, возникших после открытия производства, будет зависеть от характера процедур и от положений законодательства о несостоятельности: многие законы предусматривают погашение таких долгов в полном объеме в качестве издержек судопроизводства (см. главу V.B.).

ii) Виды исключаемых требований

573. По разнообразным причинам, связанным с государственной политикой, законодательство о несостоятельности может исключать некоторые виды требований из производства по делам о несостоятельности. Примерами могут служить иностранные налоговые требования, штрафы и пени, требования, связанные с нанесением личного вреда, требования, связанные с небрежностью, и игорные долги. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что такие требования могут быть представлены, но при условии распространения на них специального режима, такого как их субординация в отношении других необеспеченных требований. Весьма целесообразно определить в законодательстве о несостоятельности такие требования, которые должны исключаться из производства по делу о несостоятельности (или обусловливаться специальным режимом – см. главу V.B).

– Иностранные налоговые требования

574. В настоящее время иностранные налоговые требования исключаются во многих странах, и в целом признается, что такое исключение не идет вразрез с целью обеспечения равноправного статуса для иностранных и внутренних кредиторов. В то же время, несмотря на это общее мнение, не имеется никаких веских причин не признавать подобные требования, если какая-либо страна пожелает ввести такой порядок. В тех случаях, когда иностранные налоговые требования признаются, они могут пользоваться тем же режимом, что и внутренние налоговые требования или обычные необеспеченные требования.

Эти различные подходы признаются в статье 13(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, в которой устанавливается, что принцип равноправного статуса иностранных и внутренних кредиторов не затрагивается исключением иностранных налоговых требований и требований по социальному обеспечению или их статусом, приравненным к обычным непривилегированным требованиям, или более низким статусом, если такой более низкий статус признается за эквивалентными местными требованиями.

– Требования, возникающие из противоправной деятельности

575. Порядок, при котором игорные долги рассматриваются в качестве исключаемых требований, обычно исходит из того, что подобные долги возникают в результате деятельности, которая уже сама является противоправной. Вместо рассмотрения конкретных примеров требований, которые могут исключаться как незаконные, в законодательстве о несостоятельности в качестве общей категории могут быть исключены те требования, которые возникают из противоправной деятельности и не подлежат взысканию.

– Штрафы и пени

576. Что касается штрафов и пени, то в законодательстве о несостоятельности может проводиться различие между теми из них, которые носят строго административный или карательный характер (например, в случае штрафа, наложенного в результате административного или уголовного правонарушения), и теми, которые носят компенсационный характер. В пользу исключения первой категории штрафов и пени может быть приведен довод о том, что подобные требования возникают из противоправного поведения со стороны должника и на необеспеченных кредиторов не следует возлагать бремя последствий такого противоправного поведения, выразившихся в сокращении активов, которые могут быть использованы для целей распределения. В отличие от этого, представляется, что нет никаких веских причин в пользу исключения второй категории, особенно тогда, когда такие требования связаны с компенсацией ущерба, причиненного другой стороне, кроме как в той степени, в какой такое исключение также может быть оправданным в качестве средства увеличения активов для распределения среди необеспеченных кредиторов. Альтернативный подход мог бы заключаться в признании требований, основывающихся на штрафах и пени, поскольку в противном случае подобные требования останутся без погашения.

c) Процедура представления требований

i) Сроки представления требований

577. Для обеспечения своевременного представления требований и во избежание излишнего затягивания производства по делу о несостоятельности предельные сроки представления требований могут быть точно определены. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что требования следует представлять в течение определенного срока после открытия производства по делу или в связи с каким-либо определенным моментом в рамках производства. Законодательство других стран предусматривает, что крайний срок устанавливается судом или управляющим в деле о несостоятельности, и требует, чтобы этот предельный срок не выходил за рамки, предписанные законодательством о несостоятельности, и составлял, например, от десяти дней до трех месяцев после определенного момента, такого как открытие производства. В других странах законодательство о несостоятельности не предусматривает каких-либо предельных сроков для представления требований и оставляет на усмотрение управляющего в деле о несостоятельности вопрос об определении сроков представления требований

или же устанавливает, что требования могут представляться в любое время до наступления какого-либо определенного момента производства, такого как представление окончательного доклада и отчета управляющим в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает также различные сроки в зависимости от способа направления уведомления об открытии производства; если кредитор является известным кредитором и получает личное уведомление об открытии производства, то такой срок может быть более коротким, чем в случае, если кредитор вынужден полагаться на публичное уведомление об открытии производства. Ключевым фактором при установлении какого-либо предельного срока для представления требований является процедура проведения проверки и признания требований. Если такая процедура должна происходить в рамках судебных слушаний или на собрании кредиторов, созванном специально для этого, вероятнее всего, что подход к установлению сроков для представления требований будет менее гибким, а требования, не представленные к определенной дате до проведения такого собрания или слушания, потребуют проведения отдельного слушания или созыва специального собрания. Если проверка и признание требования проводится управляющим в деле о несостоятельности, можно рассчитывать на бóльшую гибкость, поскольку не возникнет такая же необходимость в соблюдении процессуальных положений, связанных с созывом собраний кредиторов или проведением судебных слушаний.

578. Хотя предельные сроки могут способствовать обеспечению того, чтобы процесс представления требований не приводил к излишним задержкам в производстве, они могут поставить в невыгодное положение иностранных кредиторов, которые во многих случаях могут не иметь тех же возможностей, что и внутренние кредиторы, для соблюдения таких сроков. В целях обеспечения равного статуса для внутренних и иностранных кредиторов, а также учета международной тенденции к ликвидации дискриминации на основе гражданства или государственной принадлежности кредитора было бы, возможно, целесообразным использовать подход, согласно которому либо допускается представление требований в любой момент до распределения имущественной массы или какого-либо другого определенного события, либо устанавливается предельный срок, который может быть продлен или отменен в случае, если у кредитора имеются веские основания для несоблюдения такого предельного срока или если такой предельный срок создает серьезные препятствия для кредитора.

579. Когда устанавливается предельный срок (законодательством о несостоятельности, судом либо управляющим в деле о несостоятельности) и требование предъявляется с задержкой, что вызывает дополнительные расходы, такие расходы может оплатить данный кредитор. Если требования могут быть представлены на поздней стадии производства, необходимо решить связанный с этим вопрос о том, можно ли проводить промежуточные распределения до того, как будут представлены все требования, и если да, могут ли кредиторы, представившие свои требования после проведения распределения, участвовать тем не менее в этом распределении. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что такой кредитор может участвовать только в таком распределении, которое проводится после представления его требования, а законодательство других стран требует, чтобы управляющий в деле о несостоятельности учитывал кредиторов, которые на момент проведения распределения не представили своих требований.

ii) Бремя представления и доказывания требований

580. Во многих странах законодательство о несостоятельности возлагает бремя представления и доказывания требований на кредиторов. Как правило, от кредиторов будет требоваться предъявление доказательств, иногда в стандартной

форме требования с приложением обосновывающей документации, в отношении суммы их требований, основания для существования долга и любых заявляемых преференций или обеспечения. Законодательство многих стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности вправе просить кредитора предоставить дополнительную информацию или документацию для доказывания его требования; в некоторых странах законодательство о несостоятельности разрешает также отклонять требования, которые не были доказаны надлежащим образом. В некоторых юрисдикциях для признания требования необходимо представлять требования в форме заявления, такого как аффидевит, в отношении которого в случае обмана предусмотрены санкции. В некоторых юрисдикциях связанные с такими заявлениями формальности привели к отказу от этой практики.

581. Законодательство о несостоятельности в ряде стран позволяет признать требование без обязанности кредитора представлять и доказывать свое требование в таких случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности может установить на основании бухгалтерских книг и отчетности должника тех кредиторов, которые вправе получить платеж, а также сумму долга. Хотя во многих делах о несостоятельности бухгалтерские книги и отчетность должника не могут считаться абсолютно надежными, этот метод признания требований обладает тем преимуществом, что уменьшается число формальностей, связанных с проверкой и признанием требований, и его применение может быть целесообразным в тех случаях, когда требования не оспариваются (см. ниже). Использованию этого подхода может способствовать положение, предусматривающее, что в качестве первоначального шага в ходе производства требуется составление списка кредиторов и требований. Преимущество составления такого списка должником связано с осведомленностью должника о своих кредиторах и их требованиях, а также с тем, что управляющий в деле о несостоятельности заблаговременно получает информацию о состоянии коммерческого предприятия. Альтернативный подход может потребовать от управляющего в деле о несостоятельности оказывать помощь должнику в составлении такого списка или самому составлять такой список. Хотя последний из указанных подходов мог бы способствовать уменьшению числа формальностей, связанных с процессом проверки требований, он может вызвать дополнительные расходы и задержки, поскольку его применение основано на наличии у управляющего в деле о несостоятельности возможности получить точную и надлежащую информацию от должника. После составления такого списка он может использоваться для оценки того, какие требования кредиторов могут быть признаны без формального доказывания и каким кредиторам следует предложить представить свои требования управляющему в деле о несостоятельности для целей проверки, а также для обеспечения того, чтобы все соответствующие кредиторы представили свои требования. Со временем такой список мог бы быть также пересмотрен и обновлен, с тем чтобы в нем содержалась не только точная информация об объеме задолженности должника, но и указывалось положение дел в отношении проверки и признания требований.

582. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности урегулировало вопрос, касающийся ложных требований, и предусматривало санкции в отношении кредиторов и прочих лиц, которые представляют требования, оказавшиеся ложными.

iii) Формальности, связанные с представлением иностранных требований

583. Вопрос, имеющий особое значение для иностранных кредиторов, заключается в том, должно ли требование представляться на языке той правовой юрисдикции, в которой открыто производство по делу о несостоятельности, и обусловлено ли представление требования соблюдением определенных

формальностей, таких как нотариальное заверение. Для облегчения доступа иностранных кредиторов желательно рассмотреть вопрос о том, являются ли подобные положения существенно важными или же они могут быть более мягкими, как в случае других процессуальных формальных требований, предусмотренных в контексте статьи 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VII).

iv) Пересчет требований, выраженных в иностранной валюте

584. Если должник осуществляет свою коммерческую деятельность в различных странах, требования кредиторов могут быть выражены в иных валютах, чем валюта страны производства по делу о несостоятельности. Для целей проведения проверки и распределения эти требования обычно пересчитываются во внутреннюю валюту, хотя могут существовать обстоятельства, при которых пересчет валют не требуется. Дата пересчета может быть согласована в договоре между должником и кредитором или же установлена в законодательстве о несостоятельности посредством указания фиксированного срока, такого как открытие или какой-либо другой момент производства. Если возникает разница во времени между датой пересчета и датой распределения (которое может иметь место значительно позднее после открытия производства), существует возможность девальвации или ревальвации валюты в течение этого периода и, следовательно, изменения суммы требования. Если валюта относительно стабильна, эти колебания не будут значительными. Однако в периоды серьезных колебаний обменных курсов кредитор может оказаться в весьма невыгодном положении по сравнению с другими кредиторами или получить преимущество за счет других кредиторов. На случай возникновения таких обстоятельств законодательство о несостоятельности могло бы предусмотреть осуществление предварительного пересчета в момент открытия производства для целей голосования, однако если колебания обменных курсов за истекший до распределения срок превысят определенный процент (который установлен в законодательстве о несостоятельности), то пересчет будет осуществлен в момент распределения или же в сделанные ранее расчеты могут быть внесены соответствующие коррективы.

v) Сторона, уполномоченная получать требования

585. В законодательстве о несостоятельности обычно используется один из двух подходов к решению вопроса о том, кому представлять требования. Законодательство некоторых стран требует, чтобы требование было представлено суду, тогда как законодательство других стран предусматривает представление требований управляющему в деле о несостоятельности, и такое различие, как правило, обусловливается процессом проверки и соответствующими функциями суда и управляющего в деле о несостоятельности. Если управляющий в деле о несостоятельности отвечает за проведение проверки и признание требований, кредиторы обычно имеют право обратиться в суд для решения вопросов относительно суммы или приоритетности признанного требования или отклонения требования (см. ниже).

d) Непредставление требований

i) Непредставление требования в течение установленного срока

586. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы в отношении тех требований, которые не были представлены в течение какого-либо оговоренного срока. Законодательство некоторых стран использует гибкий подход, предусматривая, что, несмотря на установление предельного срока, требования все же могут быть представлены в любое время вплоть до, например, представления управляющим в деле о несостоятельности

окончательного доклада и отчетности при ликвидации, однако кредитор должен нести любые дополнительные расходы, связанные с представлением требования на такой поздней стадии. Одно из последствий представления требования с задержкой может заключаться в том, что кредитор не сможет участвовать в промежуточном распределении, имеющем место до представления (или признания) требования, хотя, как отмечалось выше, существуют примеры, когда законодательство некоторых стран позволяет кредитору получить предыдущие промежуточные дивиденды после признания его требования. Еще одно последствие заключается в утрате права голосовать на собраниях кредиторов, если представление требования является одной из предпосылок такого участия.

587. Другой подход к представлению требований заключается в строгом соблюдении сроков представления требований, и законодательство некоторых стран предусматривает, что непредставление требования может привести к аннулированию долга или отмене или лишению обеспечительных прав, при условии, что кредитор получил предписанное уведомление об открытии производства и необходимости представить требование. Законодательство других стран требует, чтобы кредитор, который не представил своего требования до предельного срока, обращался в суд с ходатайством о признании его требования. В случае признания судом его требования кредитор может быть ограничен участием в распределении только будущих дивидендов.

588. Хотя кредиторам следует обеспечить самые широкие возможности для представления их требований в производстве по делу о несостоятельности и, следовательно, они должны получить своевременное и надлежащее уведомление об открытии производства и необходимости представить требование, само производство не должно откладываться из-за кредиторов, которые знают о необходимости представить требования и о соответствующих предельных сроках, но тем не менее не делают этого своевременно, поскольку это может привести к увеличению расходов на производство и поставить в невыгодное положение других кредиторов. Поэтому последствия непредставления требования должны быть четко определены и кредиторы поставлены о них в известность одновременно с уведомлением о предельных сроках для представления требований.

ii) Непредставление требования до завершения производства

589. Непредставление кредитором требования до представления управляющим в деле о несостоятельности окончательного доклада и отчетности может привести к различным результатам в зависимости от других положений законодательства о несостоятельности. Некоторые из положений законодательства о несостоятельности, предусматривающие освобождение должника от ответственности по завершении производства по делу о несостоятельности, также предусматривают, что непредставленные требования в рамках производства по делу о несостоятельности лишаются силы.

3. Проверка и признание требований

a) Список представленных требований

590. Во многих странах законодательство о несостоятельности требует, чтобы суд или управляющий в деле о несостоятельности, в зависимости от требований в отношении представления, составлял список представленных требований либо после истечения срока для представления требований, либо на постоянной основе в случае, когда такой срок не был установлен или наступает на более поздней стадии производства. Если законодательство о несостоятельности требует составления списка кредиторов, о чем упоминалось выше (см. также главу III.A), то список требований, содержащий обновленные по сравнению с составленным ранее списком кредиторов сведения, будет использоваться в

качестве основы для проверки и признания требований и для направления уведомления в отношении получения, признания или отклонения требований, в зависимости от применимой процедуры признания. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается, что все кредиторы, которые идентифицированы или могут быть идентифицированы, имеют право на получение уведомления о заявленных требованиях как лично, посредством публикации уведомлений в соответствующих коммерческих изданиях, так и путем регистрации списка в суде. Это позволит кредиторам, должнику и заинтересованным сторонам выяснить, какие требования были представлены, и изложить возражения против перечисленных требований (если это допускается законодательством о несостоятельности).

b) Процедуры проверки и признания

591. Проверка включает не только оценку законности оснований и суммы требования, но и классификацию требования для целей голосования и распределения (например, обеспеченные или необеспеченные требования; преимущественные требования и т. д.).

i) Сроки проверки и признания

592. В ряде стран законодательство о несостоятельности устанавливает предельные сроки проверки и признания требований, предусматривая, что решение должно быть представлено кредиторам в течение короткого периода времени, например 30 дней после истечения предельного срока для представления требований. Законодательство других стран не предусматривает установления сроков. Ключевым фактором при принятии решения о том, следует ли устанавливать в законодательстве о несостоятельности сроки в данном случае, является процедура проверки и признания требований, которая предусматривает проведение судебных слушаний или созыв собрания кредиторов либо проводится управляющим в деле о несостоятельности. В первом случае признание обычно происходит в ходе слушаний или на собрании кредиторов при условии урегулирования разногласий, связанных с оспариванием требований. В целях обеспечения прозрачности и определенности, а также надлежащего осуществления производства без неоправданных задержек желательно, чтобы решение о признании или отклонении принималось своевременно, особенно если признание определит участие в производстве и права голоса. Однако, как это обычно бывает при рассмотрении вопроса о необходимости установления предельных сроков, преимущества установления предельного срока должны быть сопоставлены с возможными недостатками, которые заключаются в отсутствии гибкости и в необходимости обеспечить надлежащее соблюдение предельного срока.

ii) Процедура признания

593. Законодательство разных стран о несостоятельности придерживается различных подходов в отношении процедуры признания, в том числе предусматривает неодинаковые уровни сложности этой процедуры и степени участия со стороны суда, управляющего в деле о несостоятельности и кредиторов, в некоторых случаях требуя участия всех вышеперечисленных на разных стадиях. В сочетании с правом на апелляцию и проблемами, связанными с обработкой тех требований, которые требуют оценки, сложный характер процедуры может вызвать значительные перерывы в осуществлении производства и привести к задержке, которая скажется на других стадиях производства. По этим причинам крайне желательно свести к минимуму формальности и по возможности упростить процесс принятия решения.

– Признание управляющим в деле о несостоятельности

594. Как отмечалось выше, законодательство о несостоятельности предусматривает, как правило, что требования должны представляться управляющему в деле о несостоятельности или в суд. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что если требование должно быть представлено управляющему в деле о несостоятельности, то именно данный управляющий в деле о несостоятельности проводит проверку требований и принимает решение о том, следует ли признать их и в какой мере – полностью или частично. Кредитору направляется уведомление о таком решении управляющего в деле о несостоятельности, и если требование отклоняется или признается только частично, то управляющий в деле о несостоятельности, как правило, должен изложить мотивы такого решения (которые зачастую требуется излагать в письменном виде). Требование относительно письменного изложения мотивов увеличит степень прозрачности этой процедуры и, возможно, ее предсказуемость для кредиторов. Законодательство некоторых стран о несостоятельности требует также, о чем уже упоминалось, чтобы решения управляющего в деле о несостоятельности в отношении признания требований регулярно обновлялись на основе списка требований, который зарегистрирован в суде или обнародован каким-либо иным образом, с тем чтобы содействовать их рассмотрению другими кредиторами и должником. Если после направления соответствующего уведомления управляющий в деле о несостоятельности не получает каких-либо возражений против требований, которые он предлагает признать, то законодательство ряда стран о несостоятельности предусматривает, что такие требования считаются признанными.

595. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности управляющий в деле о несостоятельности должен созвать собрание кредиторов для рассмотрения представленных требований на основе списка, составленного им и представленного кредиторам. Может быть предусмотрено, чтобы такой список включал рекомендации в отношении признания, стоимости и приоритетности отдельных требований. Если на таком собрании не были высказаны возражения против признания требований, то законодательство о несостоятельности, придерживающееся такого подхода, как правило, предусматривает, что рекомендации управляющего в деле о несостоятельности считаются одобренными или же требования признанными в соответствии с законодательством о несостоятельности.

– Признание судом

596. Если требования представляются суду, то суд обычно созывает собрание или проводит слушание, на котором изучаются требования и принимается решение относительно их признания. Законодательство ряда стран предусматривает, что требования должны быть представлены в течение определенного количества дней до даты, установленной для проведения собрания, и требует составления судом либо управляющим в деле о несостоятельности предварительного списка признанных требований, который будет представлен всем кредиторам до проведения слушаний или до созыва собрания. Если на таком собрании не выдвигаются возражения против признания перечисленных в списке требований, то требования обычно считаются признанными в соответствии с законодательством о несостоятельности.

– Требования в отношении личного присутствия кредиторов

597. Один из вопросов, который может вызывать озабоченность у кредиторов, особенно у иностранных кредиторов, заключается в том, что в некоторых странах законодательство о несостоятельности требует их личного присутствия на собраниях кредиторов, созванных с целью рассмотрения требований, с тем

чтобы их требования были признаны. Такое требование закона может помешать достижению цели установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и привести к задержкам. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности не предусматривало обязательного во всех случаях личного присутствия кредиторов для признания их требований, а давало возможность признания требований на основе документарных доказательств.

iii) Автоматическое признание требований

598. С целью сведения к минимуму числа формальностей, которые необходимо выполнить для проверки и признания требований, подход, альтернативный тем, что изложены выше, мог бы предусматривать, что требования, не погашенные на момент открытия производства, не нуждаются в проверке и могут быть признаны автоматически, если только они не оспариваются. Этот подход потребует наличия некоего механизма для определения факта существования, суммы и очередности требований. И хотя это может оказаться недостаточным во всех случаях по соображениям надежности и полноты данных, для идентификации всех непогашенных требований, возможно, в первую очередь следует полагаться на бухгалтерские книги и отчетность должника и список кредиторов, составленный в рамках производства по делу. Если эти требования не оспариваются, требование могло бы быть признано без возложения на кредитора обязанности официально представить и доказывать свое требование. Автоматическое признание требований в таком порядке может помочь избежать многих проблем, возникающих в случае, когда необходимо точно оценить сложившееся положение уже в самом начале производства, с тем чтобы предоставить кредиторам возможность для участия в собраниях, проводимых на ранних этапах производства, и в голосовании на таких собраниях.

iv) Предварительное признание требований

599. Требования кредиторов могут быть двух видов: требования в отношении установленной суммы и требования в отношении неустановленной суммы, когда причитающаяся с должника сумма не определена на момент представления требования или не может быть определена в настоящее время (например, по причине того, что она является объектом судебного иска, рассмотрение которого еще не завершилось на момент открытия производства по делу о несостоятельности и может быть приостановлено). Такие требования могут быть как договорными, так и недоговорными по своему характеру и могут возникать как из обеспеченных, так и из необеспеченных обязательств. Кроме того, такие требования могут быть обусловленными, условными, а также требованиями, срок погашения которых не наступил на момент открытия производства (в отношении последней категории требований, как правило, будет производиться вычет за неистекший период времени до наступления срока погашения).

600. Если сумма требования не может быть или не была определена во время, когда должно быть представлено требование, то во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что требование может быть признано в предварительном порядке при условии придания ему номинальной стоимости. В связи с определением суммы этих требований возникает ряд вопросов, таких как момент определения суммы, а также вопрос о том, должна ли она быть точно указана (и в таком случае ее должен рассмотреть суд) или приблизительно оценена (что может осуществить управляющий в деле о несостоятельности, суд или другое назначенное лицо). Если решить этот вопрос должен суд, возникает сопутствующий вопрос относительно надлежащего суда (суд по делам о несостоятельности или какой-либо иной суд) и о том, как поступить в случае какой-либо задержки в принятии такого решения с точки зрения ее последствий для проведения производства по делу о

несостоятельности. Вопрос об оценке требований на неустановленную сумму может оказать существенное влияние на производство по делу о несостоятельности, если, например, речь идет о многочисленных требованиях из деликта. Что касается времени проведения оценки, то во многих странах законодательство о несостоятельности требует отнесения его на момент открытия производства, хотя могут потребоваться специальные правила, если производство преобразуется из одной формы в другую.

601. Одним из важных оснований для того, чтобы разрешить предварительное признание, является необходимость дать возможность кредиторам, предъявляющим такие требования, участвовать в производстве, и в частности голосовать по основным вопросам, таким как утверждение плана реорганизации, или по другим ключевым вопросам, требующим решения со стороны кредиторов.

602. Если законодательство о несостоятельности предусматривает предварительное признание требований, то может возникнуть необходимость в рассмотрении вопроса о том, будет ли распространяться на эти требования, в первую очередь, та же процедура, что и на другие требования. Например, если признание предполагает проведение слушания в суде или созыв собрания кредиторов, то требования, признанные в предварительном порядке, могут быть объектом такой процедуры или они могут быть сначала признаны управляющим в деле о несостоятельности без ущерба для права возражающей стороны оспорить такое требование, а затем проходить какую-либо процедуру утверждения на более поздней стадии. Другие вопросы, нуждающиеся в рассмотрении, включают следующие: если кредиторы с предварительно признанными требованиями голосуют относительно плана реорганизации, могут ли они, будучи миноритарными кредиторами, быть связанными планом, на который они не давали согласия (см. главу IV); имеют ли право кредиторы с предварительно признанными требованиями на участие в распределении, которое проводится до окончательного признания требования; и если в дальнейшем предварительно признанное требование будет отклонено или признано лишь частично, каковы будут последствия непризнания для решений, в принятии которых участвовал такой кредитор. Предварительное признание требования, как правило, наделяет кредитора правом участвовать в производстве в той же мере, что и другие кредиторы, за тем исключением, что они могут не иметь права участвовать в распределении до окончательного определения суммы и признания требования. Однако если требование в конечном счете не признается полностью, то любое участие кредитора во всех предыдущих голосованиях в ходе производства может не приниматься во внимание.

c) Оспариваемые требования

603. Если законодательство о несостоятельности допускает оспаривание требования, представленного в ходе производства по делу о несостоятельности, будь то в отношении его суммы, приоритетности или оснований для представления, то желательно, чтобы в нем также указывалось, какие стороны имеют право на возбуждение такой процедуры оспаривания. Законодательство некоторых стран допускает оспаривание требований только управляющим в деле о несостоятельности, тогда как законодательство других стран разрешает оспаривать требование другим заинтересованным сторонам, в том числе другим кредиторам и должнику. В зависимости от процедур представления и признания требований спор может быть передан на рассмотрение управляющего в деле о несостоятельности или суда, или на судебном слушании или на собрании кредиторов, проводимом для изучения требований. В случае проведения такого собрания или слушания составление предварительного списка признанных требований либо судом, либо управляющим в деле о несостоятельности и представление такого списка всем кредиторам до слушания или собрания будут

способствовать рассмотрению требований. Если требования оспариваются в рамках производства по делу о несостоятельности, будь то кредитором, управляющим в деле о несостоятельности или должником, то для обеспечения эффективного и упорядоченного хода производства необходимо наличие механизма быстрого урегулирования спора. Если решение по оспариваемым требованиям не может быть принято оперативным и эффективным образом, то возможность оспорить требование может быть использована для нарушения хода производства и создания неоправданных задержек. В большинстве стран законодательство о несостоятельности предусматривает, что подобные споры должны разрешаться судом для обеспечения окончательного характера решения.

604. Если требования, представленные в производстве, являются предметом спора, возникшего за рамками производства по делу о несостоятельности, то они могут в целом входить в одну из категорий требований, которые могут быть признаны в предварительном порядке в ходе производства по делу о несостоятельности, в зависимости от их характера, до разрешения этого спора (с учетом применения положений о приостановлении производства – см. главу II.B.3a) и 8).

d) Последствия признания требования

605. Признание требования кредитора создает право этого кредитора присутствовать на собраниях кредиторов и определяет сумму, с учетом которой кредитор имеет право голосовать на таких собраниях, будь то по вопросу об избрании управляющего в деле о несостоятельности, утверждении плана реорганизации или по какому-либо иному вопросу, предусмотренному в законодательстве о несостоятельности. Признание также определяет сумму и приоритетность требования, которые управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать при распределении активов среди кредиторов.

e) Зачет взаимных требований

606. Как указывается выше в главе II.G, в ряде стран законодательство о несостоятельности предусматривает осуществление зачета взаимных денежных обязательств между должником и кредиторами в ходе производства по делу о несостоятельности при соблюдении определенных условий. Эти условия могут включать, например, условия о том, чтобы требования существовали и причитались к платежу на момент открытия производства; чтобы кредитор приобрел данное требование не в результате мошенничества или чтобы на момент приобретения он не знал о финансовом положении своего должника; чтобы кредитор приобрел данное требование не в течение подозрительного периода; чтобы кредитор заявил о своем намерении добиваться взаимозачета управляющему в деле о несостоятельности; и чтобы требования соотносились между собой. Законодательство о несостоятельности лишь очень небольшого числа стран предусматривает обязательный зачет при несостоятельности, тогда как законодательство ряда других стран не допускает зачета на том основании, что он нарушает принцип *pari passu*. Если зачет допускается, он обычно учитывается управляющим в деле о несостоятельности или судом при проверке и признании требований.

f) Требования, для которых обязателен специальный режим

i) Административные требования

607. Производство по делу о несостоятельности нередко требует помощи специалистов, таких как управляющие в деле о несостоятельности и консультанты должника или управляющего в деле о несостоятельности. В целях поддержания функционирования коммерческого предприятия должника, а также в иных целях осуществления производства по делу о несостоятельности

комитеты кредиторов могут нести соответствующие расходы, в том числе по оплате многих или всех долгов, возникших после открытия производства, таких как требования работников, расходы на арендную плату и аналогичные требования.

608. Несмотря на важность предоставления надлежащего вознаграждения лицам, участвующим в ведении производства по делу о несостоятельности, административные расходы могут оказать значительное воздействие на стоимость имущественной массы. Хотя в определенной степени это воздействие будет зависеть от структуры законодательства о несостоятельности и обеспечивающей его инфраструктуры, было бы желательно рассмотреть вопрос о том, как свести к минимуму это воздействие. Например, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены четкие, но гибкие критерии в отношении допущения таких расходов. Эти критерии могут допускать расходы на основе их полезности для повышения стоимости имущественной массы в общих интересах всех групп, участвующих в процедурах, или на основе того, что эти расходы не только являются разумными и необходимыми, но и отвечают ключевым целям производства по делу. Разумный характер расходов может оцениваться с учетом объема средств, имеющихся в распоряжении производства по делу, а также возможных последствий таких расходов для производства.

609. При проведении такой оценки могут быть использованы различные подходы. Один из подходов может предусматривать необходимость получения разрешения суда до фактического осуществления расходов или разрешения суда на все расходы, выходящие за рамки обычных коммерческих операций. Другой подход может предусматривать, что с целью обеспечения прозрачности производства по делу такая оценка должна проводиться кредиторами при возможности обращения в суд в случае, когда оценка кредиторов оспаривается.

ii) Требования лиц, связанных с должником

610. Одна из категорий кредиторов, которая может заслуживать особого внимания, – это лица, связанные с должником как в семейном, так и в коммерческом качестве [данный аспект рассматривается выше в главе II.F.3e)]. Введение специального режима для требований таких лиц зачастую представляется оправданным на том основании, что они имеют больше шансов оказаться в благоприятном положении по сравнению с другими кредиторами и раньше других узнать о финансовых трудностях должника. Хотя требования этих лиц формально не относятся к категориям исключаемых требований, было бы целесообразно рассмотреть вопрос о том, следует ли признавать эти требования и предоставлять им тот же режим, что и требованиям других кредиторов, или признать их на основании специального режима. Однако сам факт существования особых взаимоотношений с должником может не быть достаточным во всех случаях для обоснования специального режима в отношении требования кредитора. В некоторых случаях такие требования могут быть абсолютно прозрачными и должны рассматриваться в том же порядке, что и аналогичные требования, представленные кредиторами, которые не являются лицами, связанными с должником; в других случаях они могут дать основания для подозрений и заслуживают особого внимания. Законодательство о несостоятельности, возможно, должно будет предусмотреть механизм для идентификации таких видов поведения или ситуаций, при которых требования будут заслуживать дополнительного внимания, например, когда коммерческое предприятие должника чрезвычайно слабо капитализировано (в частности, если принципал должника предоставил компании средства в форме ссуды, когда компания недостаточно капитализирована и продолжает осуществлять свою деятельность, не имея достаточных средств для платежей кредиторам) или когда существуют доказательства осуществления внутренних сделок (т. е. связанные лица воспользовались преимуществом своего положения для получения

прибыли, например, когда за 6 месяцев до ликвидации принципал соглашается на компенсационный пакет, который компания не может оплатить, и предъявляет требование в отношении него при ликвидации). В таких случаях требование может ограничиваться суммой, которая может быть признана, или может быть подчинено требованиям других категорий кредиторов (см. главу V.B), или же права голоса кредитора, связанного с должником, могут быть ограничены в отношении некоторых вопросов (например, при выборе управляющего в деле о несостоятельности, если законодательство позволяет кредиторам сделать такой выбор).

iii) Требования в отношении процентов

611. К начислению и выплате процентов по требованиям применяются разные подходы. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что проценты по требованиям перестают начисляться по всем необеспеченным долгам сразу после открытия ликвидационного производства, а выплаты при реорганизации будут зависеть от того, что предусмотрено в плане. В законодательстве других стран о несостоятельности предусмотрено, что проценты могут начисляться, но их выплате будет придана низкая приоритетность, например после осуществления платежей в пользу всех необеспеченных кредиторов.

4. Непризнанные требования

612. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что в случае отклонения требования соответствующий кредитор будет иметь право добиваться пересмотра этого решения об отклонении, независимо от того, вынесено это решение судом или управляющим в деле о несостоятельности, в пределах установленного срока. В качестве примера можно привести сроки от 10 до 45 дней (см. главу II.D).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся требований кредиторов, заключаются в следующем:

a) определить требования, которые могут или должны быть представлены, и режим, который следует предоставить этим требованиям;

b) предоставить лицам, обладающим требованием к должнику, возможность представить требования в отношении имущественной массы;

c) создать механизм проверки и признания требований;

d) предусмотреть возможность пересмотра в отношении оспариваемых требований;

e) обеспечить равный режим для кредиторов с аналогичным статусом.

Содержание законодательных положений

Требование в отношении представления

154) Законодательство должно требовать от кредиторов представления их требований[100], включая основание и сумму требования. Законодательство

[100] Законодательство о несостоятельности должно определить требования, которые могут нуждаться в специальном режиме, например требования иностранных кредиторов, условные или безусловные денежные требования, требования в отношении процентов и требования в отношении обязательств с ненаступившим сроком исполнения.

должно также свести к минимуму число формальностей, связанных с представлением требования.

Требования, которые могут быть представлены

155) Законодательство должно предусматривать, что требования, которые могут быть представлены, должны включать все права на платеж, возникающие из действий или бездействия должника[101] до открытия производства по делу о несостоятельности, будь то с наступившим или ненаступившим сроком, будь то на определенную или неопределенную сумму, будь то фиксированные или условные[102]. Законодательство должно идентифицировать требования, которые не будут затрагиваться производством по делу о несостоятельности[103].

Обеспеченные требования

156) Законодательство должно указывать, должны ли обеспеченные кредиторы представлять требования[104].

Равный статус кредиторов с аналогичным статусом

157) Законодательство должно предусматривать, что все кредиторы с аналогичным статусом, независимо от того, являются ли они внутренними или иностранными кредиторами, должны пользоваться одинаковым режимом с точки зрения представления и рассмотрения их требований.

Момент представления требований

158) Законодательство должно установить срок после открытия производства по делу, в течение которого могут быть представлены требования, и такой срок должен быть достаточным для того, чтобы кредиторы смогли представить свои требования.

Последствия непредставления требования

159) Законодательство должно определить последствия непредставления требования в течение оговоренного срока.

Требования, выраженные в иностранной валюте

160) Если требования выражены в иностранной валюте, законодательство должно определить те обстоятельства, при которых эти требования должны быть пересчитаны, а также основания для пересчета. Если необходимо произвести пересчет, законодательство должно указать, что требование будет пересчитано в местную валюту путем ссылки на конкретную дату, такую как дата открытия производства по делу о несостоятельности [с учетом особых мер, которые могут применяться в ситуациях высокой нестабильности валют].

---

[101] Сюда входят требования со стороны третьих лиц или гаранта платежа, возникающие из действий или бездействия должника.

[102] См. главу II.E, где содержатся рекомендации в отношении требований, возникающих в результате отказа от договоров.

[103] В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, в частности, что такие требования, как [государственные] штрафы и пени, а также налоги, не будут затрагиваться производством по делам о несостоятельности. Если какое-либо требование не затрагивается производством по делу о несостоятельности, оно продолжает существовать и не будет учитываться при любом освобождении от обязательств.

[104] См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 14(3), и пункт 111 Руководства по его принятию, в которых отмечается, что согласно законодательствам некоторых стран обеспеченный кредитор, который подает требование, считается отказавшимся от права на обеспечение или некоторых привилегий, связанных с кредитом, в то время как согласно законодательствам других стран те же последствия наступают в случае непредставления требования.

Доказательства наличия требований

161) Законодательство может разрешать признание неоспоренных требований на основе списка кредиторов и требований, составленного должником в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности[105], или суд либо управляющий в деле о несостоятельности может потребовать от кредитора предъявления доказательств наличия его требования. Законодательство не должно во всех случаях требовать от кредитора личного присутствия для доказывания своего требования.

Признание или отклонение требований

162) Законодательство должно разрешить управляющему в деле о несостоятельности признать или отклонить любое требование полностью или частично[106]. Если требование отклоняется полностью или частично, кредитору должно быть направлено уведомление с указанием мотивов решения об отклонении.

163) Законодательство должно разрешить кредиторам, требования которых отклонены полностью или частично, обращаться в суд [в течение оговоренного срока после направления уведомления об отклонении требования] с просьбой о пересмотре их требований.

Оспаривание требования

164) Законодательство должно разрешить заинтересованной стороне оспорить любое представленное требование как до, так и после признания и обратиться в суд с просьбой о пересмотре этого требования.

Предварительное признание

165) Законодательство должно предусматривать, что требования, оспариваемые в ходе производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны управляющим в деле о несостоятельности в предварительном порядке до разрешения спора судом.

[166) Законодательство должно разрешить признавать требования на неустановленную сумму в предварительном порядке до установления суммы требования управляющим в деле о несостоятельности.]

[167) Законодательство должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и необеспеченную долю путем оценки обремененного актива.]

Последствия признания

168) Законодательство должно устанавливать последствия признания требования, в том числе признания в предварительном порядке. Эти последствия могут включать следующее:

a) наделение кредитора правом участвовать в производстве и быть выслушанным;

b) разрешение кредитору принимать участие в голосовании на собрании кредиторов, в том числе по вопросу об утверждении плана;

c) установление права очередности для требования кредитора;

---

[105] См. рекомендации относительно обязанностей и функций должника и управляющего в деле о несостоятельности.

[106] В некоторых юрисдикциях предусматривается, что суд должен утвердить решение, принятое управляющим в деле о несостоятельности.

d) определение суммы, с учетом которой кредитор имеет право голосовать;

e) за исключением случая предварительного признания требования, разрешение кредитору принять участие в распределении[107].

Требования сторон, связанных с должником

169) Законодательство должно предусматривать, что требования сторон, связанных с должником, должны быть подвергнуты изучению и, если это обосновано[108]:

a) права стороны, связанной с должником, на участие в голосовании могут быть ограничены;

b) сумма требования стороны, связанной с должником, может быть ограничена; или

c) требование может быть субординировано[109].

B. Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации]

1. Приоритеты

a) Введение

613. В производстве по делу о несостоятельности затрагиваются самые разнообразные и конкурирующие между собой интересы. Кредиторы в своем большинстве выступают в этом качестве в силу своих правовых и договорных отношений с должником, возникших до наступления несостоятельности. В то же время имеются кредиторы, не заключавшие подобных договоренностей с должником, такие как налоговые органы (которые нередко принимают участие в производстве по делам о несостоятельности) и заявители требований из деликта (случаи участия которых в целом встречаются менее часто). Соответственно права этих кредиторов будут регулироваться рядом различных законов.

614. Положение многих кредиторов может быть сходным в том, что касается имеющихся у них видов требований, основанных на аналогичных предусмотренных в законе или договорных правах, тогда как другие кредиторы могут обладать большими преимущественными требованиями или правами. По этим причинам в законодательстве о несостоятельности статус кредиторов в целях распределения поступлений от имущественной массы при ликвидации, как правило, устанавливается со ссылкой на их требования, и такой подход не противоречит цели обеспечения равного режима. В той мере, в какой различные кредиторы заключили с должником различные коммерческие сделки, статус кредиторов может быть оправдан желательностью того, чтобы в рамках системы несостоятельности признавались и уважались различные сделки, поддерживались законные коммерческие ожидания, повышалась степень предсказуемости в коммерческих отношениях и оказывалось содействие обеспечению равного режима кредиторов, находящихся в аналогичном положении. Создание ясной и предсказуемой системы статусов в целях распределения может помочь обеспечить уверенность кредиторов в своих правах

---

[107] В то же время при проведении распределения управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать требования, признанные в предварительном порядке или представленные, но еще не признанные (см. главу V.B).

[108] Достаточным обоснованием могут считаться ситуации, когда предприятие должника недостаточно капитализировано или были совершены внутренние сделки, как отмечалось выше [см. пункт 3(f)(ii)].

[109] О субординации см. главу V.B.

на момент заключения коммерческих договоренностей с должником и в случае обеспеченного кредита способствовать его предоставлению.

615. Однако существует ограничение в достижении этих целей, если учесть желательность обеспечения в законодательстве о несостоятельности баланса между этими конкурирующими целями и соображениями государственной политики. В той мере, в какой эти более широкие государственные интересы вступают в коллизию с частными интересами, они могут привести к искажению обычных коммерческих стимулов. Помимо использования статусов на основе коммерческих и правовых отношений между должником и его кредиторами политика в области распределения очень часто отражает также подход, который признает важность государственных интересов (таких как защита занятости), желательность обеспечения упорядоченного и эффективного проведения производства по делам о несостоятельности (при первоочередности вознаграждения специалистов в области несостоятельности и оплаты административных расходов в рамках производства) и содействие сохранению коммерческого предприятия и его реорганизации (предоставляя приоритет финансированию после открытия производства). Если предпочтение отдается государственным интересам и не соблюдается принцип равного режима на основе различных статусов требований, желательно четко указать принципиальные основания для установления такой очередности в законодательстве о несостоятельности. При отсутствии равного режима этот подход обеспечит как минимум прозрачность и предсказуемость в отношении требований (см. главу V.A), распределения (см. главу V.C) и установления категорий кредиторов согласно плану реорганизации (см. главу IV.A).

616. В разных странах законодательство о несостоятельности придерживается самых разных подходов к установлению статуса кредиторов как с точки зрения очередности различных категорий, так и с точки зрения режима в отношении кредиторов в рамках конкретной категории, например кредиторов, которые в широком смысле определяются как необеспеченные, где можно использовать различные подкатегории.

b) Субординация требований

617. Если физическое или юридическое лицо имеет задолженность перед более чем одним кредитором, то порядок погашения этих долгов будет определяться схемой очередности, установленной в применимом законодательстве или на основании договоренности сторон. Однако даже при наличии схемы очередности кредитор с более высоким порядком очередности может получить платеж после кредитора с более низким порядком очередности по причине субординации.

618. Субординация подразумевает изменение порядка очередности кредиторов и не связана с юридической действительностью или правомерностью какого-либо требования. Субординированное требование может быть юридически действительным и подлежащим принудительному исполнению, но в силу договоренности или судебного решения его оплата согласно схеме распределения будет произведена в более поздний срок по сравнению с тем, когда она была бы произведена в ином случае. Эти два вида субординации рассматриваются ниже.

i) Договорная субординация

619. Договорная субординация имеет место тогда, когда два или более кредитора одного и того же должника заключают между собой соглашение (именуемое "субординацией" или "соглашением о распределении"), в котором предусматривается, что один кредитор соглашается получить платеж в счет своего требования к должнику после оплаты требования другого кредитора. Эти

соглашения могут заключаться между обеспеченными кредиторами или между необеспеченными кредиторами. В первом случае соглашение обычно предусматривает, что один кредитор получает преимущественное право перед обладателем обеспечительного интереса, который в ином случае имел бы более высокий порядок очередности. Соглашения между необеспеченными кредиторами обычно предусматривают, что один кредитор получит в полном объеме платеж в счет своего требования до того, как субординированный кредитор получит какую-либо сумму из какого-либо распределения.

620. Соглашения о субординации могут быть обусловлены различными обстоятельствами. Например, держатели долговых обязательств обычно соглашаются субординировать свои требования по отношению к кредитору оборотного капитала должника. Кроме того, если коммерческие предприятия сталкивается с финансовыми затруднениями, некоторые кредиторы могут согласиться субординировать свои требования, с тем чтобы помочь в реорганизации этого предприятия. Некоторые кредиторы могут согласиться на субординацию по отношению к кредитору, дающему новую денежную ссуду предприятию, в надежде, что эта ссуда поможет оздоровить предприятие и, таким образом, повысить шансы на полную оплату требований субординированных кредиторов.

621. Законодательство, которое устанавливает действительность и возможность принудительного исполнения договоров, распространяется также на соглашения о субординации, как и обычные договорные основания для освобождения от ответственности, такие как отсутствие вознаграждения, мошенничество и недобросовестность.

ii) Субординация по решению суда (именуемая субординацией на основе права справедливости)

622. Этот вид субординации имеет место тогда, когда суд обладает правом изменить очередность платежей по требованиям с целью не допустить, например, того, чтобы какой-либо кредитор, совершивший мошенничество или иное противоправное действие или поступивший ненадлежащим образом с целью получения преимущества перед другими кредиторами, смог воспользоваться этим преимуществом. Первоначально эта концепция возникла с целью не допустить того, чтобы связанные с должником лица использовали правовые механизмы для получения преимуществ при установлении очередности.

623. Для того чтобы применялся этот вид субординации, указанные действия должны на самом деле привести к нанесению ущерба другим кредиторам, такого как изменение обычной схемы распределения и обеспечение какому-либо кредитору несправедливого положения в порядке очередности. Тогда суд может прибегнуть к субординации с целью восстановления схемы очередности, чтобы обеспечить справедливое распределение. Если указанное действие совершено, но не привело к возникновению несправедливого преимущества, субординация, как правило, не может быть применена.

c) Ранжирование требований по статусу

i) Обеспеченные кредиторы

624. В законодательстве многих стран о несостоятельности признаются в качестве первоочередных права обеспеченных кредиторов на удовлетворение своих требований либо за счет поступлений от продажи конкретных активов, обремененных обеспечением, либо из общих фондов. Метод распределения среди обеспеченных кредиторов зависит от метода, используемого для защиты обеспеченных кредиторов в ходе производства. Если защита обеспечительного

интереса происходит с применением мер по сохранению стоимости обремененного актива, то обеспеченный кредитор, как правило, будет обладать преимущественным требованием в отношении поступлений от продажи этого актива в размере суммы своего обеспеченного требования. Согласно другому варианту, если защита обеспечительного интереса происходит путем фиксирования суммы обеспеченной части его требования на момент открытия производства, то этот кредитор, как правило, будет обладать преимущественным требованием на общие поступления от имущественной массы в отношении такой суммы. В случаях, когда требование обеспеченного кредитора превышает стоимость обремененного актива или сумму обеспеченного требования, установленную на момент открытия производства (когда применяется такой подход), необеспеченная часть требования рассматривается для целей распределения, как правило, в качестве обычного необеспеченного требования.

625. В некоторых странах законодательство о несостоятельности не предоставляет обеспеченным кредиторам права первоочередности. Выплата обеспеченным кредиторам может предусматриваться после оплаты административных расходов и погашения других требований, пользующихся приоритетной защитой, таких как требования из невыплаченной заработной платы, налоговые требования, экологические требования и требования, вытекающие из причинения личного вреда. Другой подход отражен в тех законодательствах, которые предусматривают, что сумма, которая может быть взыскана (в порядке приоритета) обеспеченными кредиторами из активов, обеспечивающих их требование, ограничивается определенной долей такого требования. В некоторых странах в законодательстве, которое придерживается такого подхода, проводится различие между обеспечительными интересами в отношении практически всех активов предприятия (иногда именуемыми "ипотекой предприятия" или "плавающим обременением") и другими видами обеспечительного интереса. Такая выделенная доля требования используется обычно для погашения требований других кредиторов, будь то кредиторы с более низким порядком очередности или обычные необеспеченные кредиторы, либо для выплаты вознаграждения и оплаты расходов управляющего в деле о несостоятельности и расходов, возникающих в связи с сохранением имущественной массы и управлением ею в тех случаях, когда стоимость активов имущественной массы недостаточна для покрытия этих расходов. Одно из обоснований такого подхода заключается в том, что обеспеченный кредитор должен участвовать на какой-либо справедливой основе в покрытии некоторых потерь других кредиторов при ликвидации и принимать долевое участие в некоторых расходах при реорганизации. Такие другие требования будут участвовать в распределении только в том случае, если сохраняется определенная доля активов должника для их оплаты. Введение таких исключений из правила установления первоочередности для обеспеченных кредиторов может создать неопределенность в том, что касается возвращения обеспеченных кредитов, препятствуя таким образом предоставлению обеспеченных кредитов и увеличивая связанные с этим издержки. Крайне желательно ограничить применение таких исключений в законодательстве о несостоятельности.

626. Для случаев, когда обеспеченное требование удовлетворяется непосредственно за счет чистых поступлений от реализации соответствующих активов, обеспеченный кредитор, в отличие от необеспеченных кредиторов, как правило, не будет участвовать в покрытии (прямо или косвенно) общих затрат на ведение производства по делу о несостоятельности, если только не существует вышеуказанных положений. Тем не менее и в этих случаях от обеспеченного кредитора может потребоваться участие в покрытии других расходов, непосредственно связанных с его интересами, таких как административные расходы, понесенные в связи с сохранением обремененных активов. Если

управляющий в деле о несостоятельности затратил определенные средства на цели сохранения стоимости активов, служащих обеспечением, то было бы целесообразно возмещать такие расходы в качестве административных расходов за счет той суммы, которая в ином случае была бы выплачена в первоочередном порядке обеспеченному кредитору за счет поступлений от продажи этих активов. Еще одно исключение из правила первоочередности может также касаться преимущественных прав, установленных в отношении финансирования после открытия производства, когда последствия любого предоставленного преимущественного права для интересов обеспеченных кредиторов должны быть ясными на момент получения финансирования, особенно потому, что оно могло быть утверждено обеспеченными кредиторами (см. главу VI.B).

ii) Административные издержки и расходы

627. Административные расходы на ведение производства по делу о несостоятельности часто имеют приоритет перед необеспеченными требованиями и, как правило, наделяются таким приоритетом, чтобы содействовать сохранению имущественной массы и обеспечить надлежащие выплаты сторонам. Эти расходы, как правило, включают вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и всем специалистам, нанятым управляющим в деле о несостоятельности или в некоторых случаях должником; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности (или в некоторых случаях должником) своих функций и полномочий (см. главу IV.A и B); расходы, возникающие в связи с продолжающимся исполнением договорных обязательств (например, по трудовым соглашениям или договорам аренды); расходы на судопроизводство (например, судебные издержки) и, согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, вознаграждение всем специалистам, нанятым комитетом кредиторов.

iii) Приоритетные или преимущественные требования

628. В разных странах законодательство о несостоятельности нередко предусматривает приоритетные права для определенных (главным образом необеспеченных) требований, которые, в свою очередь, будут удовлетворяться в первоочередном порядке по отношению к другим, необеспеченным и непреимущественным (или менее преимущественным) требованиям. Эти приоритетные права, которые часто базируются на социальных, а иногда и политических соображениях, противоречат принципу распределения *pari passu* и в целом действуют в ущерб обычных необеспеченных кредиторов, снижая стоимость активов, подлежащих распределению среди них. Предоставление приоритетных прав может вызвать неконструктивные дебаты при решении вопроса о том, каким кредиторам следует предоставлять приоритет и какие есть для этого основания. Предоставление таких прав в соответствии с законодательством о несостоятельности также влияет на наличие и стоимость кредита, которая будет увеличиваться по мере сокращения суммы средств, подлежащих распределению среди других кредиторов.

629. В основе некоторых приоритетов лежат социальные задачи, которые могли бы быть решены более продуктивно в рамках другого законодательства, такого как законодательство о социальном обеспечении, а не путем разработки законодательства о несостоятельности, ориентированного на достижение социальных целей, которые лишь косвенно связаны с вопросами задолженности и несостоятельности. В связи с этим установление в законодательстве о несостоятельности того или иного приоритета может в лучшем случае обеспечить неполное и неадекватное решение социальных проблем, снижая при этом эффективность самого процесса по делу о несостоятельности. В тех случаях, когда в законодательство о несостоятельности предполагается включить

положения о приоритетах или когда приоритеты, предусмотренные другим законодательством, будут признаны и окажут воздействие на производство по делам о несостоятельности, желательно, чтобы такие приоритеты были четко оговорены или чтобы в законодательстве о несостоятельности на них были сделаны прямые ссылки (и чтобы при необходимости был указан их приоритет по отношению к другим требованиям). Это, по меньшей мере, обеспечит прозрачность и предсказуемость режима несостоятельности с точки зрения его последствий для кредиторов, а также позволит заимодателям более точно оценивать риски, связанные с кредитованием.

630. В ряде недавно принятых законов о несостоятельности значительно сократилось количество таких видов приоритетных прав, что отражает изменения в публичной приемлемости подобного режима. Например, некоторые страны недавно исключили приоритет, традиционно предоставляемый налоговым требованиям. Вместе с тем в других странах наблюдается тенденция к увеличению числа категорий задолженности, пользующихся приоритетом. Сохранение ряда различных приоритетных позиций для многих видов требований может усложнить достижение основных целей процедуры несостоятельности и затруднить обеспечение эффективного и действенного производства. Это может привести к проявлениям неравенства, а при реорганизации это осложнит процесс составления плана. Кроме того, следует помнить о том, что корректировка порядка распределения с целью создания таких приоритетных прав не увеличивает общего объема средств, имеющихся в распоряжении кредиторов. Напротив, это приведет лишь к получению выгод одной группой кредиторов за счет другой группы. Чем больше число категорий приоритетных кредиторов, тем больше оснований для других групп заявлять, что они также заслуживают приоритетного режима. Чем больше число кредиторов, пользующихся приоритетным режимом, тем менее выгодным становится этот режим.

631. К факторам, которые могут иметь значение при решении вопроса о том, существуют ли веские доводы в пользу предоставления преимущественного статуса любой конкретной категории задолженности, можно отнести, в частности, необходимость выполнять международные обязательства; необходимость добиваться сбалансированности между частными правами и государственными интересами, а также альтернативными средствами, имеющимися для удовлетворения этих государственных интересов; желательность создания у кредиторов стимулов к тому, чтобы эффективно управлять кредитами и устанавливать наименьшую стоимость кредита; последствия, которые возникнут в случае создания определенных преимуществ с точки зрения операционных издержек и затрат на контроль за соблюдением установленных требований, и желательность проведения тонких различий между кредиторами, в результате которых одна категория кредиторов будет нести более тяжелое бремя невыплаченной задолженности.

632. Существует множество разных подходов к решению вопроса о том, каким видам требований предоставлять приоритет и каким должен быть этот приоритет. Разные страны предоставляют разные виды приоритетов, однако можно выделить две особенно распространенные категории. Первая категория включает приоритет в пользу заработной платы и пособий служащих (требования в отношении социального и пенсионного обеспечения), а вторая – налоговые требования. Приоритетность налоговых требований может иметь особое значение в транснациональных делах. Один из подходов может заключаться в отказе предоставлять приоритет каким бы то ни было требованиям в отношении иностранных налогов. Альтернативный вариант может заключаться в признании некоторых видов приоритетов для таких налоговых требований, возможно, в ограниченном объеме, будь то в случае взаимного признания таких требований или в случае, когда производство по

делу о несостоятельности в отношении одного должника ведется совместно в нескольких государствах. В статье 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности признается значение принципа недопустимости дискриминации в отношении определения статуса требований иностранных кредиторов, но при этом предусматривается, что страны, не признающие требования в отношении иностранных налогов и социального обеспечения, могут по-прежнему устанавливать для них более низкий статус[110].

– *Требования служащих*

633. В большинстве стран требования работников (включая требования относительно заработной платы, оплаты отпусков или выходных дней, выплат в счет других оплачиваемых дней отсутствия на работе и выходного пособия) входят в категорию приоритетных требований, которые в ряде случаев имеют более высокий статус по сравнению с налоговыми требованиями и требованиями по социальному обеспечению. Такой подход в целом соответствует положению о специальной защите, предоставляемой работникам в других областях законодательства о несостоятельности (см. главу III.D.6), а также подходу, закрепленному в некоторых международных конвенциях[111]. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности первостепенное значение, которое придается сохранению непрерывной занятости по сравнению с другими целями производства по делу о несостоятельности, такими как максимизация стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, подтверждается предпочтением, отдаваемым продаже коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с передачей действующих обязательств в отношении занятости), в отличие от ликвидации или реорганизации, когда такие обязательства могут быть изменены или отменены.

634. В некоторых странах требования работников имеют приоритет, но они рассматриваются наравне с налоговыми требованиями и требованиями по социальному обеспечению в рамках одной категории приоритетных требований и в случае недостатка средств могут удовлетворяться пропорционально. В других странах требования работников не получают какой-либо приоритетности и рассматриваются как обычные необеспеченные требования, хотя в некоторых случаях выплаты по определенным обязательствам, начисленным за конкретный период времени (например, по зарплате и вознаграждению в течение трех месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности), могут гарантироваться государством через фонд гарантий заработной платы. Фонд, гарантирующий выплаты по таким требованиям, может сам предъявлять требования к имущественной массе и может иметь или не иметь такой же приоритет по отношению к имущественной массе, как и требования работников, в зависимости от соображений политики, таких как использование государственных денежных средств (в отличие от активов неплатежеспособного должника) для финансирования обеспечения компенсации заработной платы. В обычной практике фонду предоставляются такие же права, что и работникам, по крайней мере в отношении определенной оговоренной суммы, которая может быть выражена в виде суммы заработной платы или количества оплачиваемых недель.

---

[110] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 13(2) и сноска 2.

[111] Например, Конвенция МОТ о защите требований работников в случае неплатежеспособности предпринимателя 1992 года (№ 173). Статья 8(1) предусматривает, что "национальное законодательство или нормативные акты предоставляют требованиям работников более высокий приоритет по сравнению с большинством других привилегированных требований, и в частности с требованиями государства и системы социального обеспечения". Конвенция вступила в силу в 1995 году.

– Налоговые требования

635. Часто приоритет отдается государственным налоговым требованиям на основании необходимости защиты государственных доходов. Предоставление приоритета таким требованиям объясняется и рядом других соображений. В частности, это обосновывается тем, что такой подход может способствовать процессу реорганизации, поскольку налоговые органы будут заинтересованы в том, чтобы отсрочить сбор налогов с неблагополучного коммерческого предприятия, исходя из того, что в конечном счете им будет предоставлен приоритет в отношении выплат в связи с несостоятельностью, а также тем, что правительство, являясь некоммерческим и невольным кредитором, может быть исключено из некоторых вариантов погашения коммерческой задолженности. Вместе с тем предоставление приоритета таким требованиям может быть контрпродуктивным, поскольку невзимание налогов может нанести ущерб единообразному исполнению налогового законодательства и представлять собой форму государственного субсидирования, что подрывает дисциплину, поддерживать которую призван эффективный режим несостоятельности. Это может вызвать у налоговых органов удовлетворение в связи с возможностью осуществлять контроль за должниками и взыскивать долги, соблюдая коммерческие интересы, что помогло бы предотвратить наступление несостоятельности и истощение активов.

iv) Обычные необеспеченные кредиторы

636. После удовлетворения требований всех обеспеченных и приоритетных кредиторов остаток имущественной массы, как правило, распределяется на пропорциональной основе между обычными необеспеченными кредиторами. В рамках этой категории могут существовать подкатегории, при этом некоторые требования могут рассматриваться как субординированные или приоритетные, как отмечалось выше. Ниже рассматриваются некоторые требования, которые обычно относятся к числу субординированных.

v) Собственники и держатели акций

637. Собственники и держатели акций могут иметь требования, возникающие из кредитов, предоставленных должнику, и требования, связанные с их участием в акционерном капитале или с долей в собственности должника. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности проводится различие между этими разными требованиями. В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, законодательство многих стран о несостоятельности содержит общее правило, согласно которому собственники и держатели акций коммерческого предприятия не имеют права на распределение поступлений от активов, пока не будут полностью погашены все другие требования, стоящие выше по порядку очередности (включая требования по процентам, начисленным после открытия производства). Эти стороны в своем качестве редко имеют доступ к какому-либо распределению в связи с их участием в акционерном капитале должника. Когда проводится распределение, оно осуществляется, как правило, в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность компаний, и в уставе самой компании. Вместе с тем долговые требования, например, те, которые относятся к кредитам, не всегда являются субординированными.

vi) Лица, связанные с должником

638. Еще одна категория кредиторов, которая может потребовать особого внимания, – это лица, связанные с должником либо семейными, либо коммерческими отношениями [этот вопрос обсуждался выше, см. главу II.E.3e) и главу V.A]. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности,

эти требования всегда являются субординированными, а по законодательству других стран они субординированы только в силу несправедливого, или мошеннического, или квазимошеннического поведения. Если эти требования субординированы, они могут стоять после обычных необеспеченных требований. Другие подходы к режиму этих требований предусматривают не порядок очередности, а ограничения прав голоса или сумму требования, которое может быть признано в ходе производства.

vii) Штрафы, пени и процент после открытия производства

639. Некоторые страны рассматривают такие требования, как денежные вознаграждения, штрафы и пени (административные, уголовные или иные), в качестве обычных необеспеченных требований и субординируют их по отношению к другим необеспеченным требованиям. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности такие виды требований рассматриваются как исключаемые требования.

640. К начислению и выплате процентов по требованиям применяются разные подходы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что проценты по требованиям перестают начисляться по всем необеспеченным долгам сразу после открытия ликвидационного производства, а выплаты при реорганизации будут зависеть от того, что предусмотрено в плане. В других случаях, когда предусмотрено начисление процентов после открытия производства, выплаты могут быть субординированы и будут производиться только после погашения всех других необеспеченных требований.

2. Распределение

a) Ликвидация

641. В тех случаях, когда имеется несколько различных категорий требований с разным порядком очередности, каждый уровень очередности, как правило, будет оплачиваться полностью до оплаты требований следующего уровня. По достижении уровня очередности, когда средств для полных выплат всем кредиторам оказывается недостаточно, кредиторы этого уровня получают свою долю в пропорциональном отношении. Согласно законодательству некоторых стран, где не предусматриваются разные уровни очередности, все кредиторы получают долевые пропорциональные выплаты, если недостаточно средств для выплат в полном объеме.

b) Реорганизация

642. В плане реорганизации может предлагаться иная очередность при распределении, чем та, которая предусмотрена законодательством о несостоятельности в отношении ликвидации, при условии, что кредиторы, голосующие по плану, утвердят такое изменение. Применительно к процедурам реорганизации было бы желательно предусмотреть, что все первоочередные требования должны быть оплачены в полном объеме в качестве условия утверждения плана, если только кредиторы соответствующей очереди не примут иного решения (см. главу IV).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся очередности и распределения, заключаются в следующем:

a) установить порядок очередности удовлетворения требований из имущественной массы;

b) обеспечить, чтобы кредиторы аналогичного статуса получали пропорциональное удовлетворение из активов имущественной массы;

c) указать ограниченное число обстоятельств, при которых может предоставляться приоритет при распределении.

Содержание законодательных положений

Категории и режим кредиторов, затронутых открытием производства по делу о несостоятельности

170) Законодательство должно указывать те категории кредиторов, которые будут затронуты открытием производства по делу о несостоятельности, а также режим этих категорий в отношении очередности и распределения.

Установление порядка очередности удовлетворения требований

171) Законодательство должно определить порядок очередности, в котором требования удовлетворяются из имущественной массы.

Преимущественные требования

172) Законодательство должно устанавливать минимальное число приоритетов, предоставляемых необеспеченным требованиям. В законе должны быть четко указаны требования, которые будут иметь право на удовлетворение в первоочередном порядке в рамках производства по делам о несостоятельности.

Обеспеченные требования

173) Законодательство должно предусматривать, что обеспеченные требования должны удовлетворяться из обеспечения при ликвидации или согласно плану реорганизации с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом, если таковые имеются, в сравнении с обеспеченным требованием. Требования с более высоким в сравнении с обеспеченными требованиями приоритетом следует свести к минимуму и четко указать в законе. В той мере, в какой сумма обеспечения недостаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, обеспеченный кредитор может участвовать в качестве обычного необеспеченного кредитора.

Ранжирование требований по статусу

174) Законодательство должно предусматривать, что требования, не являющиеся обеспеченными, ранжируются по статусу в следующем порядке:

a) административные затраты и расходы;

b) обладающие приоритетом требования;

c) обычные необеспеченные требования;

d) отсроченные или субординированные требования[112].

175) Законодательство должно предусматривать, что, если после удовлетворения в полном объеме всех требований образуется излишек, этот излишек возвращается должнику.

[112] Закон может предусматривать дальнейшее ранжирование по статусу требований в рамках каждого статуса, указанного в пунктах a), b) и d). Если все кредиторы с одинаковым статусом не могут получить выплаты в полном объеме, порядок выплат должен отражать любое дальнейшее ранжирование по статусу, предусмотренное в законодательстве для требований одного и того же статуса.

Распределение при ликвидации

176) Законодательство должно предусматривать в качестве общего принципа, что требования с аналогичным статусом оплачиваются на основании принципа *pari passu*. Все требования с аналогичным статусом в рамках конкретной категории должны быть оплачены полностью до оплаты требований следующего статуса.

177) Законодательство должно предусматривать, что при проведении распределения управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать представленные требования, которые еще окончательно не признаны.

178) Законодательство должно предусматривать, что в рамках производства по делу о ликвидации распределение проводится незамедлительно и что могут осуществляться предварительные распределения.

C. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности

1. Введение

643. В коммерческой деятельности распространена практика, когда коммерческое предприятие действует через группы компаний, а каждая компания, входящая в эту группу, является отдельным юридическим лицом. Когда одна из компаний в структуре группы становится неплатежеспособной, подход к такой компании в качестве отдельного юридического лица вызывает ряд проблем, которые, как правило, носят сложный характер и с трудом поддаются решению. В ряде ситуаций, например когда коммерческая деятельность компании направлялась или контролировалась какой-либо родственной компанией, режим компаний, входящих в группу в качестве отдельных юридических лиц, может привести к несправедливым последствиям. Такой режим, например, может воспрепятствовать доступу к средствам одной компании для осуществления платежей по долгам или обязательствам родственной компании-должника (кроме тех случаев, когда компания-должник является акционером или кредитором такой родственной компании), несмотря на тесную взаимосвязь этих компаний и тот факт, что родственная компания могла участвовать в управлении должником или действовать в качестве, аналогичном директору должника, что могло явиться причиной возникновения долгов и обязательств. Кроме того, в тех случаях, когда компания-должник принадлежит к группе компаний, в каждом конкретном случае бывает трудно разобраться в фактических обстоятельствах для определения того, с какой из входящих в группу компаний вели дела конкретные кредиторы, или для выявления финансовых операций, осуществляемых между компаниями группы.

644. Особую обеспокоенность в связи с производством по делу о несостоятельности с участием одной из компаний, входящих в группу, вызывают два вопроса:

a) будет ли какая-либо другая компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособной компании (которые представляют собой все долги, причитающиеся с неплатежеспособной компании, за исключением тех из них, которые причитаются родственным компаниям, входящим в группу, т. е. "внутригрупповых долгов"); и

b) режим внутригрупповых долгов (требования к компании-должнику со стороны компаний группы).

645. Эти вопросы по-разному решаются в законодательстве разных стран о несостоятельности. В некоторых странах используется директивный подход, согласно которому строго ограничиваются обстоятельства, при которых на компании группы может быть распространен иной режим, чем режим

самостоятельного юридического лица, или, иными словами, обстоятельства, при которых какая-либо родственная компания может нести ответственность за долги неплатежеспособного члена группы. В законодательстве других стран используется более гибкий подход, и судам предоставляется широкая свобода усмотрения в оценке обстоятельств конкретных дел на основе специальных руководящих принципов. В последнем случае варианты возможных решений более разнообразны, чем в случае применения директивного подхода. Однако в любом случае в законодательстве о несостоятельности эти вопросы внутригрупповой ответственности рассматриваются, как правило, на основе взаимосвязи между неплатежеспособной компанией и родственными компаниями группы с точки зрения как состава акционеров, так и управленческого контроля. Одно из возможных преимуществ регулирования этих вопросов в законодательстве о несостоятельности состоит в том, чтобы предоставить корпоративным группам стимул для постоянного контроля за деятельностью компаний, входящих в группу, и заблаговременного принятия мер в случае возникновения финансовых трудностей у одного из членов группы. В то же время распространение на такие компании иного режима, чем режим самостоятельных юридических лиц, может подорвать способность коммерческих предприятий, инвесторов и кредиторов гарантировать риски и сделать соответствующий выбор (что может иметь особое значение в случаях, когда в группу входит компания, на которую распространяются специальные требования по управлению рисками, например финансовое учреждение); это может привести к существенной неопределенности, что окажет неблагоприятное воздействие на стоимость кредита, особенно если решение об ответственности за групповые долги выносится судом после наступления несостоятельности; это также может осложнить бухгалтерскую отчетность в связи с вопросом о порядке урегулирования обязательств в рамках группы.

2. Ответственность группы за внешние долги

646. При оценке того, должна ли какая-либо родственная компания или компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособного члена группы, режимы несостоятельности исходят из ряда различных обстоятельств или факторов.

647. Во многих юрисдикциях применяется общий подход, согласно которому родственная компания несет ответственность за долг, если она предоставила гарантии в отношении своих дочерних компаний. Аналогичным образом, согласно многим режимам, предусматривается ответственность за выплату компенсации любых убытков или ущерба в случаях мошенничества в операциях внутри группы. Другие решения могут предписываться нормами, действующими в иных областях права. Например, при некоторых обстоятельствах законодательство может рассматривать неплатежеспособную компанию в качестве агента родственной компании, что позволит третьим лицам в принудительном порядке осуществить свои права непосредственно в отношении родственной компании в качестве принципала.

648. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности наделяет суды широкой свободой усмотрения для определения ответственности одной или нескольких компаний, входящих в группу, за долги других компаний группы, с учетом определенных руководящих принципов, такие руководящие принципы могут включать следующие соображения: степень взаимосвязи управления, коммерческих операций и финансов компаний; поведение родственной компании в отношении кредиторов неплатежеспособной компании; существующее у таких кредиторов убеждение в том, что они осуществляют операции с одним хозяйствующим субъектом, а не с двумя или более компаниями, входящими в группу; и та степень, в которой возникновение несостоятельности можно отнести на счет действий родственной компании, входящей в группу. На основе этих соображений суд может вынести решение о том, в какой мере

корпоративная группа действовала в качестве единого предприятия, а в некоторых юрисдикциях суд может вынести постановление о консолидации или объединении активов и обязательств компании[113], особенно в тех случаях, когда это постановление будет способствовать реорганизации корпоративной группы, или постановление о том, чтобы родственная компания приняла финансовое участие в имущественной массе в деле о несостоятельности при условии, что такое участие не затронет платежеспособности самой компании-вкладчика. Платежи в рамках такого участия, как правило, вносятся управляющему в деле о несостоятельности, который управляет имущественной массой в деле о несостоятельности в интересах имущественной массы в целом.

649. Еще одно, причем важное соображение, которое учитывается в законодательстве о несостоятельности, разрешающем применение подобных мер, связано с последствиями этих мер для кредиторов. В таких режимах, стремящихся обеспечить справедливый подход к кредиторам в целом, необходимо согласовать интересы двух (или более) групп кредиторов, которые осуществляли операции с двумя (или более) отдельными юридическими лицами. Эти коллективные интересы вступят в коллизию, если общих активов объединенных компаний окажется недостаточно для удовлетворения всех требований. В таком случае кредиторы какой-либо входящей в группу компании, обладающей значительной базой активов, столкнутся с фактом уменьшения причитающихся им активов в результате требований кредиторов другой входящей в группу компании, обладающей незначительной базой активов. Один из подходов к решению этой проблемы заключается в рассмотрении вопроса о том, будет ли коллективная экономия для всех кредиторов перевешивать возможный ущерб индивидуальным кредиторам. В ситуации, когда обе компании становятся неплатежеспособными, в законодательстве некоторых стран учитывается вопрос о том, повысит ли отказ в принятии решения о консолидации – что обеспечивает необходимость в отдельных производствах по делу о несостоятельности – стоимость и продолжительность этих процедур и вызовет ли такой отказ истощение средств, которые в противном случае могли бы быть предоставлены кредиторам, а также вопрос о том, следует ли разрешить акционерам некоторых компаний, входящих в корпоративную группу, получить определенное возмещение за счет кредиторов других входящих в группу компаний[114].

650. Общий принцип всех режимов, устанавливаемых такого рода законодательствами, состоит в том, что для вынесения постановления о консолидации суд должен убедиться в том, что кредиторы понесут более значительный ущерб при отсутствии консолидации, чем тот ущерб, который неплатежеспособные компании и возражающие кредиторы понесут в случае осуществления такой консолидации. В интересах справедливости в некоторых юрисдикциях допускается частичная консолидация за счет исключения из нее требований конкретных кредиторов и удовлетворения этих требований из конкретных активов (исключенных из постановления о консолидации) одной из неплатежеспособных компаний. Трудности, связанные с попыткой согласовать различные интересы, привели к тому, что подобные постановления редко выносятся в странах, где такая возможность предусматривается.

---

[113] Решение о том, что корпоративная группа действовала в качестве единого хозяйствующего субъекта, повлечет за собой применение других положений законодательства о несостоятельности, например об обязанностях директоров не допускать проведения коммерческих операций, не покрытых соответствующими активами. Согласно некоторым законам, в ограниченных обстоятельствах также допускается добровольное объединение компаниями своих активов и обязательств.

[114] Согласно законодательству некоторых стран, требуется, чтобы до проведения любого распределения были индивидуально определены кредиторы, а также активы и обязательства каждой соответствующей компании, входящей в группу.

651. Следует отметить, что законы о несостоятельности, предусматривающие консолидацию, не затрагивают прав обеспеченных кредиторов, кроме как, возможно, держателей внутригрупповых ценных бумаг (в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы являются одной из компаний, входящих в группу).

3. Внутригрупповые долги

652. Внутригрупповые долги могут регулироваться различными режимами. Как уже отмечалось выше (см. главу II.E), внутригрупповые сделки могут подлежать расторжению. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, где предусматривается консолидация, вынесение постановления о консолидации прекращает внутригрупповые обязательства. Другие подходы предусматривают иную классификацию внутригрупповых сделок по сравнению с аналогичными сделками, совершенными не связанными между собой сторонами (например, долг может рассматриваться как вклад в акционерный капитал, а не как внутригрупповая ссуда), в результате чего внутригрупповое обязательство будет пользоваться более низкой очередностью по сравнению с аналогичным обязательством в отношениях между не связанными между собой сторонами.

D. Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности

(Примечание: Раздел о применимом законодательстве в настоящее время находится в стадии разработки, и его окончательный вариант будет представлен на рассмотрение Рабочей группы на ее 30-й сессии в 2004 году. Пересмотренные рекомендации, изложенные ниже, отражают обсуждение, проходившее на 29-й сессии Рабочей группы в сентябре 2003 года.)

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений о применимом законодательстве, регулирующем производство по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) содействовать торговле за счет обеспечения ясной и прозрачной основы для определения законодательства, которое будет применяться в контексте производства по делу о несостоятельности;

b) предоставить судам ясные и предсказуемые правила для определения законодательства, применимого в контексте производства по делу о несостоятельности [включая принудительное исполнение договорных положений о выборе права].

Содержание законодательных положений

Законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности

179) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать место, где открывается производство по делу о несостоятельности, и должно применяться ко всем аспектам ведения этого производства по делу о несостоятельности, управления им и его завершения, включая:

a) круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и критерии для открытия производства;

b) образование и состав имущественной массы;

c) режим имущества, входящего в имущественную массу, включая сферу применения моратория, исключения из моратория и освобождение от его действия;

d) затраты и расходы;

e) предложение, принятие, утверждение и обеспечение выполнения плана реорганизации;

f) недействительность, оспоримость или невозможность принудительного исполнения юридических действий, наносящих ущерб кредиторам;

g) последствия открытия производства для договоров, по которым и должник, и его контрагент еще не выполнили полностью своих соответствующих обязательств, в том числе возможность принудительного исполнения положений этих договоров, предусматривающих автоматическое прекращение действия договора и запрещение уступки прав и обязательств;

h) условия, при которых после открытия производства по делу о несостоятельности может быть осуществлен взаимозачет;

i) права и обязательства должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредиторов и комитета кредиторов;

j) требования и их режим;

k) очередность требований;

l) распределение поступлений от ликвидации; и

m) решение и завершение производства.

Исключения из положений о применимом законодательстве о производстве по делу о несостоятельности

180) В качестве исключения из подпунктов f) и h) в рекомендации 1 законодательство о несостоятельности может предусматривать, что на взаимозачет или оспоримость сделки, которая совершена до подачи заявления об открытии производства или после открытия производства, распространяется законодательство другого государства[115].

Юридическая действительность договорных положений о выборе права

181) Законодательство о несостоятельности должно признать договорные положения, согласно которым должник и его контрагент прямо соглашаются, что правом, применимым к их юридическим отношениям по договору, будет законодательство конкретной юрисдикции, без учета связи между соответствующей сделкой или соответствующими сторонами и выбранным применимым законодательством, за исключением случаев, когда такое положение рассматривается как явно противоречащее государственной политике [той юрисдикции, законодательство которой применялось бы в отсутствие такого положения].

Определение применимого законодательства

182) Законодательство о несостоятельности должно ясно указать, в каких случаях оно допускает применение законов другой юрисдикции.

---

[115] В данном разделе термин "сделка" употребляется в отношении широкого круга юридических действий, посредством которых могут быть отчуждены активы или возникнуть обязательства, в том числе на основе передачи, платежа, обеспечения, гарантии, ссуды или освобождения [или действия, в результате которого вступает в силу обеспечительный интерес в отношении третьего лица], и может включать серию сделок.

183) Что касается применения законодательства, иного чем законодательство о несостоятельности, суд по делам о несостоятельности должен будет использовать коллизионную норму, для того чтобы установить, законодательство какого государства должно применяться. Коллизионные нормы должны быть ясными и предсказуемыми и соответствовать современным коллизионным нормам, закрепленным в международных договорах и законодательных руководствах, разработанных международными органами.

VI. Завершение производства

A. Освобождение от обязательств

1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации[116]

653. Вполне вероятно, что после распределения при ликвидации имущественной массы должника, являющегося физическим лицом, ряд кредиторов не получат платежа в полном размере. В законодательстве о несостоятельности необходимо урегулировать вопрос о том, будут ли эти кредиторы все еще обладать непогашенным требованием в отношении такого должника или же должник будет освобожден от обязательств по этим оставшимся требованиям.

654. Если должником является компания с ограниченной ответственностью, вопрос об освобождении от обязательств после ликвидации не возникает; либо закон предусматривает расформирование юридического лица, либо оно продолжает существовать в качестве структуры, не обладающей активами. Акционеры не будут нести ответственности по оставшимся требованиям, и вопрос об их освобождении от обязательств не возникает. Если предприятие должника преобразуется в предприятие другой формы, например в предприятие с единственным собственником, группу физических лиц (товарищество) или предприятие, собственники которого несут неограниченную ответственность, то возникает вопрос о том, должны ли эти физические лица по-прежнему нести личную ответственность за непогашенные требования после ликвидации.

655. В некоторых кругах растет понимание необходимости признать несостоятельность коммерческих предприятий в качестве естественной черты экономики и согласиться с тем, что как слабые, так и надежные предприятия могут потерпеть неудачу, хотя и по разным причинам, и это необязательно сопряжено с безответственным, небрежным или бесчестным поведением со стороны руководства предприятия. Лицо, которое потерпело неудачу в одной области предпринимательской деятельности, может извлечь уроки из этого опыта, и, как показывают некоторые исследования, такие лица часто добиваются больших успехов в своей последующей предпринимательской деятельности. По этим причинам ряд стран придерживается подхода, согласно которому их режим несостоятельности должен сосредоточиваться не только на решении административных вопросов, связанных с такой предпринимательской неудачей, но и на содействии созданию новых возможностей для неплатежеспособных должников путем прояснения их финансового положения и принятия других мер для смягчения социального отчуждения, вызванного такой неудачей, а не на наказании должника. Помимо адаптации законодательства о несостоятельности в целях устранения излишних условий и ограничений в отношении освобождения от обязательств, необходимо побуждать банки и более широкие слои населения к иному восприятию несостоятельности предприятия, а также оказывать помощь и поддержку тем, кто потерпел такую неудачу. В то же

[116] Нижеизложенные пункты относятся к освобождению от обязательств должника, являющегося физическим лицом.

время режим несостоятельности должен обеспечивать защиту населения и коммерческого сообщества от тех должников, которых проявляют в своих финансовых делах безответственность, небрежность или бесчестность.

656. В разных странах в законодательстве о несостоятельности используются разные подходы к вопросу об освобождении от обязательств. Согласно законодательству некоторых стран, должник остается ответственным за непогашенные требования с учетом любого применимого срока исковой давности (который в некоторых случаях может быть весьма продолжительным и составлять, например, десять лет); он также может быть обязан соблюдать ряд условий и ограничений, касающихся профессиональной, коммерческой и частной деятельности. Такие нормы подчеркивают важность взаимоотношений между должником и кредитором, и сохранение ответственности должника после ликвидации призвано как ужесточить финансовую дисциплину для должника в финансовых вопросах, так и побудить кредитора к предоставлению финансирования. В то же время это может ограничить возможности, препятствовать проявлению творческого подхода и предприимчивости, поскольку санкции в случае неудачи являются суровыми.

657. В других странах законодательство о несостоятельности предусматривает полное освобождение от обязательств добросовестного, не уличенного в мошеннических действиях должника сразу после ликвидации. При таком подходе первоочередное внимание уделяется преимуществам "нового старта", возможность которого появляется при освобождении от обязательств, и нередко такой подход преследует цель содействовать развитию предпринимательства. Он также исходит из признания того, что чрезмерная задолженность является современной экономической реальностью, и это обстоятельство следует учитывать в законодательстве о несостоятельности. Третий подход представляет собой попытку найти компромиссное решение: освобождение от обязательств предоставляется по истечении определенного срока после распределения, в течение которого предполагается, что должник предпримет добросовестные усилия по исполнению своих непогашенных обязательств.

658. Законодательство некоторых стран о несостоятельности придерживается подхода, согласно которому при некоторых обстоятельствах может быть целесообразным ограничение возможности освобождения от обязательств. В законодательстве разных стран эти обстоятельства могут варьироваться, но к таким обстоятельствам, как правило, относятся случаи, когда должник совершил мошеннические действия, участвовал в преступной деятельности, нарушал трудовое или экологическое законодательство, не обеспечивал ведения надлежащей отчетности, не участвовал добросовестно в производстве по делу о несостоятельности или не сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности, не предоставлял либо активно скрывал или утаивал информацию, продолжал коммерческие операции в то время, когда уже знал о своей несостоятельности, брал средства в долг, не имея никаких веских оснований полагать, что сможет вернуть их, а также утаивал или уничтожал активы или отчетность после подачи заявления об открытии производства.

659. В отношении условий, которые будут применяться к освобождению от обязательств при таких обстоятельствах, используются различные подходы. В некоторых странах период времени до освобождения от обязательств может быть весьма продолжительным или к такому освобождению могут применяться соответствующие условия и ограничения или сочетание первого и второго. Некоторые виды долгов могут исключаться из сферы применения такого освобождения, например деликтные требования, требования, возникающие из соглашений об алиментах (платежи разведенному супругу или супруге или платежи на содержание детей должника), а также долги, возникающие из мошеннических действий, долги, основанные на штрафах или пени, если

альтернативное наказание предусматривается в виде тюремного заключения, а также долги по налогам.

660. Кроме того, на должника может возлагаться обязанность соблюдения определенных условий как в ходе производства, так и в качестве условия освобождения от обязательств, и это может быть осуществлено путем вынесения соответствующей рекомендации управляющим в деле о несостоятельности или судом. Эти условия могут включать ограничения в отношении возможности должника привлекать новые кредиты, покидать страну и осуществлять коммерческую деятельность в течение определенного срока или же запрещение, в соответствующих случаях, заниматься своей профессиональной деятельностью на определенный срок. Они могут также предусматривать освобождение от обязательств, которое предоставляется при условии, что должник впоследствии не приобретет значительного нового состояния, за счет которого могут быть выплачены предыдущие долги. Продолжительность срока применения этих положений бывает разной, в зависимости от положения должника. Другие ограничения, устанавливаемые в законодательстве о несостоятельности, касаются того, сколько раз должник может быть освобожден от обязательств. В некоторых юрисдикциях освобождение от обязательств возможно только один раз в жизни; в других предусматривается минимальный срок "ожидания", например десять лет, который должен истечь до того, как должник получит право на новое освобождение от обязательств или даже будет иметь возможность участвовать в производстве по делу о несостоятельности, которое может привести к новому освобождению от обязательств. Еще один подход ограничивает возможность освобождения от обязательств тогда, когда, например, должнику было предоставлено такое освобождение в течение определенного периода времени до открытия текущего производства и когда платежи, произведенные в ходе такого производства, являются меньшими по своему размеру, чем фиксированный процент.

661. Выбор между этими различными вариантами предполагает соотнесение оснований для возбуждения производству по делу о несостоятельности и предоставления освобождения от ответственности с необходимостью применения санкций за определенное поведение. Следует провести разграничение между ненадлежащим и, возможно, небрежным поведением и поведением, которое равносильно уголовному правонарушению. Если основная цель законодательства о несостоятельности заключается в урегулировании финансовых проблем должника и обеспечении возможности для нового старта, с тем чтобы стимулировать предпринимательскую деятельность и желание идти на риск, то честный должник, шедший на сотрудничество в ходе производства и выполнивший свои обязательства по законодательству о несостоятельности, может быть освобожден от ответственности после ликвидации с наложением минимальных ограничений. Подход, предусматривающий наложение строгих ограничений на такого должника и обеспечивающий его освобождение от ответственности только по прошествии длительного срока и при соблюдении многочисленных условий, дает основание предположить, что цель заключается в наказании, а не реабилитации должника. Наложение условий и ограничений может быть уместно в случаях, когда должник не вел себя честно, не сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности или не выполнил своих обязательств по законодательству о несостоятельности, либо, в более крайних случаях, оказался виновным в совершении уголовных правонарушений.

662. Еще одно соображение заключается в связи между налагаемыми условиями и главной целью освобождения от ответственности. Наложение на должника некоторых широких условий, таких как запрещение заниматься предпринимательской деятельностью, может идти вразрез с базовой концепцией освобождения от ответственности. В зависимости от обстоятельств более узкие условия, такие как ограничение возможности должника входить в состав совета

директоров, могут оказаться вполне уместными. Если законодательство о несостоятельности придерживается подхода, предусматривающего наложение ограничений и исключение некоторых долгов из сферы применения освобождения от ответственности, желательно, чтобы такие условия и исключения сводились к минимуму. По возможности виды исключаемых долгов должны быть указаны в законодательстве о несостоятельности, с тем чтобы обеспечить прозрачность и предсказуемость.

663. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает также, что освобождение от ответственности, предоставляемое на ранней стадии производства по делу, может быть приостановлено, если, например, должник не исполняет какое-либо обязательство, или аннулировано, если, например, освобождение было получено в результате мошеннических действий, мошеннического сокрытия должником информации, которая касается имущества, составляющего часть имущественной массы, или если должник не выполнил предписаний суда.

664. Один из аспектов, который, возможно, потребуется учесть при рассмотрении вопроса об освобождении от обязательств физических лиц, занимающихся коммерческими операциями, касается взаимосвязи между коммерческой задолженностью и потребительской задолженностью. Следует признать, что в вопросах о несостоятельности физических лиц используются различные подходы (в некоторых странах физическое лицо вообще не может быть объявлено банкротом, в других предусматривается требование о том, чтобы физическое лицо действовало в качестве "торговца") и что во многих странах не имеется развитой системы регулирования дел о несостоятельности потребителей, однако в ряде стран действуют законы о несостоятельности, в которых сделаны попытки провести разграничение между лицами, являющимися простыми должниками-потребителями, и лицами, финансовая ответственность которых возникает из функционирования мелких коммерческих предприятий. Поскольку во многих случаях потребительский кредит используется для финансирования мелких предприятий либо в качестве стартового капитала, либо в качестве оборотных средств, не всегда возможно четко распределить задолженности по категориям. По этой причине в правовой системе, признающей потребительскую и коммерческую задолженность, нецелесообразно предусматривать нормы, касающиеся коммерческой задолженности физических лиц, которые отличались бы от норм, применимых к потребительской задолженности.

2. Освобождение от обязательств по долгам и требованиям при реорганизации

665. С целью обеспечения наилучших шансов для успешного функционирования реорганизованного предприятия должника в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться освобождение от обязательств по долгам и требованиям либо изменение долгов и требований, в отношении которых предусмотрено освобождение или иное изменение в плане. Такой подход способствует достижению цели обеспечения коммерческой определенности за счет признания обязательной силы прощения, аннулирования или изменения долгов в соответствии с утвержденным планом. Этот принцип имеет особое значение для обеспечения выполнения положений плана кредиторами, отклонившими план, и кредиторами, не участвовавшими в производстве по делу. Это также обеспечивает определенность для других кредиторов и инвесторов в отношении того, что они не будут втянуты в непредусмотренную ликвидацию и что им не придется конкурировать со скрытыми или незаявленными требованиями. Таким образом, освобождение от обязательств безоговорочно устанавливает, что в плане полностью урегулированы юридические права кредиторов.

666. Освобождение от обязательств при реорганизации может вступить в силу с момента вступления в силу плана в соответствии с законодательством о несостоятельности или с момента его полного осуществления. Если план не осуществляется в полной мере или его осуществление срывается, то на такой случай законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что освобождение от обязательств может быть отложено.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся освобождения от обязательств, заключаются в следующем:

a) предоставить физическому лицу, являющемуся должником, возможность полного освобождения от обязательств по долгам, возникшим до открытия производства по делу, и, таким образом, дать ему шанс начать свою деятельность заново;

b) определить обстоятельства, при которых предоставляется освобождение от обязательств, и установить условия такого освобождения.

Содержание законодательных положений

Освобождение от ответственности при ликвидации

184) Если в соответствии с законодательством о несостоятельности физические лица попадают в категорию должников, следует урегулировать вопрос об освобождении должника от обязательств по долгам, возникшим до открытия производства по делу. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что освобождение не может применяться до момента истечения оговоренного периода после открытия производства по делу, и в течение этого периода, как предполагается, должник будет сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности. По истечении такого периода должник может быть освобожден от обязательств, если он не совершил мошеннических действий и сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности в выполнении своих обязательств по законодательству о несостоятельности. В законодательстве может быть предусмотрено аннулирование освобождения в случае, если оно было получено мошенническим путем.

185) Если законодательство о несостоятельности предусматривает исключение некоторых долгов из сферы действия освобождения, то число таких долгов должно быть сведено к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново, и такие долги следует указать в законодательстве о несостоятельности. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что освобождение может быть оговорено теми или иными условиями, эти условия следует свести к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново.

B. Завершение производства

667. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к порядку завершения или закрытия производства, и при этом предусматриваются различные предварительные условия для закрытия производства и процедуры такого закрытия.

1. Ликвидация

668. В ряде стран в законодательстве о несостоятельности используется подход, который в целом требует, чтобы после реализации активов и распределения управляющий в деле о несостоятельности созвал собрание кредиторов и представил окончательный отчет. Если кредиторы соглашаются с таким отчетом, то затем, согласно законодательству некоторых стран (если должник является юридическим лицом), требуется только, чтобы окончательный отчет и доклад о проведении последнего собрания были представлены в административный орган, несущий ответственность за регистрацию юридических лиц, а предприятие должника было закрыто, тогда как законодательство других стран требует подачи официального заявления в суд для вынесения постановления о закрытии предприятия. Некоторые варианты этого общего подхода включают несколько иные процедуры в отношении производства, открытого по заявлению должника или кредитора.

2. Реорганизация

669. В целом законодательство о несостоятельности применяет один из двух или трех подходов к завершению реорганизационного производства. Реорганизационное производство может считаться завершенным в том случае, когда утвержден (и, если это необходимо, подтвержден) план реорганизации (см. главу IV.A.6); если в соответствии с таким планом происходит освобождение от обязательств и этот план в иных отношениях был выполнен полностью (с необходимостью или без необходимости вынесения официального постановления суда, хотя законодательство некоторых стран предусматривает освобождение управляющего в деле о несостоятельности от исполнения его обязанностей по официальному постановлению суда), а также если суд выносит постановление о прекращении производства по делу, поскольку оно представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности или должник не соответствовал критериям для открытия производства на момент открытия. Производство может также быть прекращено в соответствии с положениями плана или согласно какой-либо другой договоренности с кредиторами. Если план реорганизации полностью не выполнен, то в этом случае законодательство о несостоятельности может предусматривать преобразование судом такого производства в ликвидационное, с тем чтобы избежать положения, при котором должник остается неплатежеспособным, а его финансовые дела остаются неурегулированными. Решение вопроса о том, может ли это считаться официальным завершением реорганизационного производства и открытием ликвидационного производства, зависит от подхода данной юрисдикции. Если реорганизационное производство завершается по утверждении (и, в случае необходимости, подтверждении) плана, права и обязательства, предусмотренные в плане, подлежат принудительному исполнению в соответствии с положениями иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся завершения производства, заключается в установлении процедуры прекращения производства после достижения цели такого производства.

Содержание законодательных положений

Ликвидация

186) Законодательство должно предусматривать, что ликвидационное производство закрывается после окончательного распределения или установления того, что распределение не может быть проведено.

Реорганизация

187) Законодательство должно предусматривать, что реорганизационное производство закрывается после полного выполнения плана реорганизации или в более раннюю дату, установленную судом.

F. Записка Секретариата о режиме обеспечительных интересов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии

(A/CN.9/WG.V/WP.71) [Подлинный текст на английском языке]

1. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия с особым удовлетворением отметила усилия, предпринимаемые Рабочей группой VI и Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) в целях координации их работы по вопросам, представляющим взаимный интерес, например по вопросу о режиме обеспечительных интересов в случае производства по делу о несостоятельности. Была выражена решительная поддержка в отношении таких усилий по координации деятельности, которые, по общему мнению, имеют принципиально важное значение для обеспечения государствам всеобъемлющих и согласованных рекомендаций относительно режима обеспечительных интересов в рамках производства по делу о несостоятельности. Комиссия одобрила предложение пересмотреть главу X (Несостоятельность) проекта руководства для законодательных органов по обеспечительным сделкам с учетом основных принципов, согласованных рабочими группами V и VI (см. A/CN.9/511, пункты 126–127, и A/CN.9/512, пункт 88). Комиссия также поддержала предложение об усилении координации деятельности этих двух рабочих групп, включая проведение их однодневных совместных совещаний на будущих сессиях[1].

2. На своей первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года) рабочие группы V и VI рассмотрели вопрос о режиме обеспечительных прав в рамках производства по делу о несостоятельности на основе главы IX (Несостоятельность) проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). На этой сессии к Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный вариант главы IX (Несостоятельность) (см. A/CN.9/535, пункт 8).

3. На своей тридцать шестой сессии (2003 год) Комиссия выразила свою признательность рабочим группам V и VI за прогресс, достигнутый в ходе их первого совместного совещания по вопросам, представляющим общий интерес, и с удовлетворением отметила планы проведения дальнейших совместных совещаний экспертов[2].

4. На своей четвертой сессии (Вена, 8–12 сентября 2003 года) Рабочая группа VI рассмотрела пересмотренный вариант главы IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) и просила Секретариат подготовить новый пересмотренный вариант (см. A/CN.9/543, пункт 15).

5. Рабочие группы V (Несостоятельность) и VI (Обеспечительные интересы) проведут свою вторую совместную сессию 26 марта 2004 года. Цель этой сессии заключается в подтверждении предусматриваемого в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (документ A/CN.9/WG.V/WP.70 (Части I и II)) режима обеспеченных кредиторов

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 203.

[2] Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 217.

в рамках производства по делу о несостоятельности применительно к ряду вопросов, поднятых на четвертой сессии Рабочей группы VI в сентябре 2003 года[3]. Комиссия просила Рабочую группу V завершить ее работу над проектом руководства для законодательных органов и представить его тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году для окончательной доработки и принятия.

6. Вопросы, связанные с режимом обеспечительных интересов, излагаются в таблице, приложенной к настоящей записке. Рассмотрение этих аспектов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности в кратком виде отражено в четвертой колонке, а во второй и третьей колонках содержатся ссылки на соответствующие главы проекта руководства для законодательных органов.

7. В числе вопросов, отмеченных в приложенной таблице, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность более полного рассмотрения в руководстве по вопросам о несостоятельности, в частности, следующих проблем:

a) применение положений о моратории и расторжении сделок к вопро-сам формализации обеспечительного интереса (см. вопросы 3 и 18);

b) установление экономической стоимости обеспечительных интересов (особенно момент определения стоимости (см. вопросы 7 и 9);

c) режим обеспеченных кредиторов при реорганизации, когда они не соглашаются с планом реорганизации или воздерживаются от голосования по нему (см. вопросы 23–28);

d) отходы от принципа первоочередности приоритета обеспеченных кредиторов (см. вопросы 32 и 33);

e) режим соглашений о субординации (см. вопрос 34); и

f) режим договоренностей о правовом титуле (см. вопросы 36–43).

[3] Доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее четвертой сессии (сентябрь 2003 года) (A/CN.9/543, пункты 81–83).

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
1. Являются ли обремененные активы частью имущественной массы?	Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности	II.A	В рекомендации 24(a) предусматривается, что "В законе должны быть определены активы, образующие имущественную массу, включая ... интерес должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, и в активах третьих сторон на [момент подачи заявления об открытии производства] [открытия производства] по делу о несостоятельности" (см. также пункты 156, 159–161). В пунктах 159 и 160 рассматриваются причины включения обремененных активов и отмечается, что, хотя открытие производства может обусловить ограничение или приостановление исполнения обеспечительных прав, в законодательстве о несостоятельности следует четко установить, что полного лишения кредиторов их прав не происходит. *Примечание для рабочих групп: Достаточно ли ссылки на "интерес должника в активах" для охвата всех предполагаемых обстоятельств? Будет ли такая ссылка, например, охватывать интерес должника в случае договоренности о передаче правового титула, когда законодательство не предусматривает сохранения им имущественных прав, основанных на справедливости, или права на возвращение активов после оплаты их стоимости? Если должник в подобных ситуациях должен полагаться на права, предусмот-ренные в договоре или законодательстве, следует ли в нынешнюю формулировку включить конкретную ссылку на такие права?*
2. Каковы сфера действия и сроки применения моратория?	Защита и сохранение имущественной массы	II.B	В руководстве предусматривается, что суд может вынести решение о временных мерах (включая мораторий), которые будут применяться в период между подачей заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и его открытием (рекомендация 27), и что после открытия производства мораторий или приостановление должны применяться в отношении определенных действий (рекомендация 34), а именно следующих: "a) возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника; b) [формализация] [выполнение действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] или принудительная реализация обеспечительных интересов; c) производство исполнительных действий или иные меры принудительного исполнения в отношении активов, входящих в состав имущественной массы; d) действие права контрагента на прекращение любого контракта с должником;

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			и e) действие права на передачу, обременение или отчуждение иным образом активов, входящих в состав имущественной массы". Мораторий будет также применяться к действиям, предприни-маемым должником и кредиторами или третьими сторонами, и будет включать создание обременения должником после открытия производства. Обеспеченные кредиторы могут ходатайствовать о снятии моратория в их отношении (см. вопрос 5 ниже).
3. Должен ли мораторий распространяться на действия по формализации обеспечительных интересов?			В рекомендации 27(a) предусматривается, что временные меры могут охватывать, в том числе, "a) приостановление исполни-тельных действий в отношении активов должника, включая [формализацию] [действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] либо принудительное осуществление обеспечительных интересов"; см. также рекомендацию 34. В общем плане см. пункт 181. В сноске 35 к пункту 189 указывается, что "В тех случаях, когда режим обеспеченных сделок предусматривает льготный период для формализации какого-либо обеспечительного интереса, необходимо рассмотреть вопрос о том, должно ли законодательство о несостоятельности признавать этот льготный период, а также вопрос о распространении исключения из сферы применения моратория обеспеченных кредиторов, чтобы дать им в соответствующих обстоятельствах возможность формализации своих обеспечительных интересов".
4. Какова продолжительность применения моратория?			В рекомендации 37 предусматривается, что "В законе следует четко указать, что меры, применяемые после открытия производства по делам о несостоятельности, должны сохранять юридическую силу в течение всего хода разбира-тельства вплоть до a) момента, когда суд отменит действие этих мер; b) вступления в действие плана реорганизации или c) в тех случаях, когда в ходе ликвидацион-ного производства дело касается обеспеченных кредиторов, установленный в законе фиксированный срок истекает, если не продлевается судом на следующем основании: i) необходимости максимального повышения стоимости активов в интересах кредиторов; и ii) необходимости защиты обеспеченного кредитора в отношении уменьшения стоимости обремененного актива". В сноске 52 к рекомендации 37(c) отмечается, что имеется в виду, что примени-тельно к обеспеченным кредиторам мораторий действует лишь в течение непродолжительного времени, например 30–60 дней, и что срок его применения должен быть четко оговорен в законе.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
5. На каких основаниях обеспеченный кредитор может быть освобожден от моратория?			В рекомендации 38 предусматривается, что "... обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых после открытия производства, в том числе на следующих основаниях: a) обремененный актив не представляется необходимым для осуществления предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника; b) [в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива,] уменьшается стоимость обремененного актива, а обеспеченный кредитор не защищен от уменьшения стоимости этого актива; и c) в случае реорганизации план реорганизации не утвержден в предусмотренные сроки". Другие рассматриваемые соответствующие обстоятельства для освобождения от действия моратория (см. пункты 200 и 207) включают случаи, когда обеспечение защиты стоимости активов является практически невозможным или чрезмерно обремени-тельным для имущественной массы или когда освобождение запрашивается для защиты или сохранения стоимости таких активов, как скоропортящиеся продукты.
6. Помимо освобождения от действия моратория, какие виды защиты могут быть предоставлены обеспеченным кредиторам и на каких условиях?			В рекомендации 39 предусматривается, что "... обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты. В тех случаях, когда стоимость обремененного актива не превышает стоимости обеспеченного требования или является недостаточной с точки зрения удовлетворения такого требования, если стоимость обремененного актива уменьшается в ходе реализации мер, применимых после открытия производства, меры защиты могут включать: a) выплаты наличными из средств имущественной массы; b) предоставление дополнительных средств обеспечения; или c) все прочие меры, о принятии которых может распорядиться суд". Другие рассматриваемые меры (см. пункты 160, 189 и 206) включают поддержание стоимости обремененных активов или обеспеченной части требования кредиторов; уплату процентов; и консультации с обеспеченными кредиторами относительно использования и продажи обремененных активов. В пункте 206 отмечается, что подходы к защите должны оцениваться с учетом потенциальных сложностей и затрат. Активы, принадлежащие третьим сторонам: в пункте 237 отмечается, что в законодательстве следует урегулировать вопрос об их защите от уменьшения стоимости таким же образом, как и в случае обеспеченных кредиторов.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
7. Что понимается под "стоимостью", которая будет подлежать защите?			В пунктах 210–215 обсуждаются различные подходы к проблеме защиты стоимости. Первый рассмотренный подход отражен в рекомендации 39 (см. вопрос 6 выше). Второй рассмотренный подход (который, однако, в настоящее время в рекомендациях не отражен) касается защиты стоимости обеспеченной части требования: стоимость активов определяется в момент открытия производства и тогда же устанавливается сумма обеспеченной части требования. Эта сумма остается фиксированной в течение всего производства, а распределение осуществляется при его закрытии. Отмечается также, что согласно некоторым законам может предусматриваться уплата процентов.
8. Каким образом может быть произведена, в случае необходимости, "замена" обеспечения?			В пункте 214 отмечается, что в тех случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности необходимо продать обремененные активы, "в законодательство о несостоятельности было бы желательно включить положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности по его выбору предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, такое как право залогового удержания какого-либо другого актива или поступления от продажи обремененного актива, или выплатить полную сумму стоимости активов, которые обеспечивают обеспеченное требование немедленно либо в соответствии с согласованным графиком выплат". Законодательство может ограничивать использование поступлений от продажи обеспеченных активов (см. вопрос 13 ниже).
9. В какой момент и каким образом будет определяться экономическая стоимость обеспечительного права?			В пунктах 213 и 214 рассматриваются различные цели, для которых требуется проведение стоимостной оценки обремененных активов, и указывается на необходимость оговорить в законодательстве о несостоятельности дату определения стоимости: в приведенном примере указывается на стоимость в момент открытия производства, причем предусматриваются возможности для проведения ее пересмотра на текущей основе. Рассматриваемые методы определения стоимости включают соглашение сторон, а также другие, основывающиеся на решении суда методы, в том числе использование услуг экспертов, рыночных сопоставлений и/или применения принципов, оговоренных в законодательстве о несостоятельности. Никаких конкретных рекомендаций относительно метода или момента определения стоимости не дается.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
10. Ограничения на приведение в исполнение обеспечительных прав, устанавливаемые на период после открытия производства, включая вопрос о том, представляет ли собой соглашение об обеспечении договор, который еще полностью не исполнен.			См. разделы II.B "Применение моратория" и II.E "Режим контрактов". В руководстве в общем виде упоминаются договоры, по которым обе стороны не исполнили своих обязательств (пункт 257), и отмечается, что применительно к некоторым контрактам, например, трудовым договорам, договорам на личные услуги, финансовым контрактам, договорам займа и страхования, возможно, потребуется предусмотреть исключение из действия общих норм (пункт 259). Договоры обеспечения специально не рассматриваются.
11. Какими полномочиями обладает управляющий в деле о несостоятельности на использование или продажу обремененных активов?	Использование активов и распоряжение ими	II.C	В рекомендациях 40, 43 и 44 предусматривается, что закон должен разрешать использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу, управляющим в деле о несостоятельности, включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов, как в ходе обычных коммерческих операций, так и вне их рамок при условии, что: обеспеченным кредиторам направляется уведомление о предполагаемой продаже или другом распоряжении активами; обеспеченным кредиторам предоставляется возможность возразить против любой предполагаемой продажи; не было предоставлено освобождение от действия моратория; сохраняется приоритет интересов в поступлениях от продажи. В пунктах 229 и 230 обсуждаются различные подходы к использованию или реализации обремененных активов (помимо последующего обременения). В пункте 231 обсуждаются различные подходы к продаже обремененных активов свободно от обременения и обращается внимание на различные условия, которые устанавливаются в законах о несостоятельности, включая условия о том, что продажная цена должна превышать стоимость обеспечительного интереса или что обеспеченный кредитор может быть принужден (в рамках другого производства) к принятию наличных средств или предоставляемого взамен эквивалентного обеспечения в рамках окончательного распределения, а также указывается, что суд может разрешить продажу в случае отсутствия согласия обеспеченного кредитора. Далее отмечается, что в случаях, когда предлагаемая цена продажи актива является недостаточной, обеспеченному кредитору может быть разрешено отказаться от предложения.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			Срочная продажа: в рекомендации 46 предусматривается, что законодательство должно разрешать срочную продажу активов, "когда в силу своей природы или каких-либо иных обстоятельств такие активы являются скоропортящимися, подвержены обесценению или каким-либо иным рискам. В законодательстве может содержаться положение о том, что при таких обстоятельствах получения предварительного разрешения суда или кредиторов не требуется". Право обеспеченного кредитора на продажу: в пункте 229 отмечается, что, если обремененные активы не являются частью имущественной массы, обеспеченный кредитор может осуществить их продажу; в противном случае это право будет обычно принадлежать управляющему в деле о несостоятельности, однако могут существовать ограничения на использование этого права, особенно в рамках ликвидации, причем в некоторых ситуациях управляющий в деле о несостоятельности может отказаться от обремененных активов.
12. Когда обремененные активы могут возвращаться обеспеченному кредитору?			Рекомендация 48: "... в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива и когда наличия актива не требуется для целей реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, законодательство может разрешить управляющему в деле о несостоятельности отказаться от активов в пользу обеспеченного кредитора без направления уведомления в адрес других кредиторов". От активов можно также отказываться в тех случаях, когда это отвечает интересам имущественной массы или когда обеспеченный кредитор получает освобождение от действия моратория. Другие рассмотренные ситуации (пункт 234) включают следующее: активы не имеют – или практически не имеют – стоимости для имущественной массы; активы обременены таким образом, что сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации активов или приведут к возникновению обременительного обязательства либо финансового обязательства; или когда управляющему в деле о несостоятельности невозможно или трудно продать активы, например в случаях, когда они обладают уникальными характеристиками и не имеют рынка или рыночной стоимости, которые было бы легко установить.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
13. Кто имеет право на поступления от обремененных активов, полученные в результате операций и действий, совершенных после открытия производства? Могут ли для этой цели поступления включать как активы, полученные взамен, так и поступления, тесно связанные с основной деятельностью (см. вопрос 8 выше)			В пунктах 238 и 239 отмечается, что в законодательстве большинства стран предусматривается, что за обеспеченным кредитором сохраняется эквивалентный интерес в денежной наличности, полученной в результате реализации обремененных активов. Поступления могут использоваться с согласия обеспеченного кредитора или суда. Согласно некоторым законам до получения разрешения на такое использование от суда может потребоваться урегулировать ряд вопросов: потребуется определить соответствующий обеспечительный интерес и стоимость имущества, на которое он распространяется; потребуется определить риски для обеспеченных кредиторов; и суду потребуется установить, приняты ли достаточные меры для защиты экономической стоимости обеспеченного требования.
14. Какие виды финансирования после открытия производства могут быть получены? Как согласуются вопросы о приоритете лица, предоставившего новое обеспеченное финансирование, с вопросом о кредиторах, существовавших до открытия производства?	Финансирование после открытия производства	II.D	Рекомендация 50: "В законодательстве следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса для выплаты ссуды, полученной после открытия производства, включая обеспечительный интерес в необремененных активах (включая активы, приобретенные после открытия производства) либо субординированный или менее приоритетный обеспечительный интерес в уже обремененных активах имущественной массы". (См. также вопрос 15 ниже). Вопросы предоставления обеспечения и приоритета рассматриваются в пунктах 247–250.
15. Должен ли существующий обеспеченный кредитор давать согласие на новое финансирование под обеспечение? (см. "Преимущественное залоговое право")			Рекомендация 51: " В законодательстве следует установить, что обеспечительный интерес в активах имущественной массы для финансирования после открытия производства не имеет приоритета в сравнении с любым существующим обеспечительным интересом в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятель-ности не получит согласия существующего обеспеченного кредитора (кредиторов) или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации 52.".

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			Рекомендация 52: "... в случае, если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет над существо-вавшим до этого обеспечением, если соблюдены определенные условия, в том числе: a) существующему обеспеченному кредитору была предоставлена возможность быть заслушанным судом; b) должник может представить доказательства невозможности получения финансовых средств каким-либо иным образом; c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены, в том числе за счет достаточной избыточной стоимости обремененного актива, с тем чтобы существующий обеспеченный кредитор не оказался подвержен неоправданному риску ущерба". Другие рассматриваемые условия (пункт 250) могут включать предоставление защиты от любого уменьшения экономической стоимости обремененных активов.
16. Ограничивается ли суперприоритет обеспеченными кредиторами, финансирующими приобретение новых активов посредством механизма удержания правового титула или предоставления обеспеченного кредита?			Эта проблема конкретно не рассматривается.
	Режим контрактов	II.E	В руководстве в общем плане предусматривается, что оговорки об автоматическом прекращении не должны иметь исковой силы в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника (рекомендация 56) и что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение о продолжении исполнения или растор-жении контракта, по которому и должник, и его контрагент не выполнили полностью своих обязательств (рекомен-дации 58–71).

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
17. Должны ли обеспеченные сделки охватываться общими правилами, регулирующими расторжение сделок при несостоятельности?	Действия по расторжению сделок	II.F	Рекомендация 74: "a) если обеспечительный интерес имеет силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, то следует признавать его силу и возможность принудительной реализации в рамках производства по делу о несостоятельности; и b) невзирая на то, что обеспечительный интерес может иметь силу и быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, действие содержащихся в законодательстве положений о расторжении сделок может распространяться на него на тех же основаниях, что и на другие сделки" (см. также пункты 322–324).
18. Должны ли обеспечительные права, созданные или формализованные в течение установленного срока до открытия производства, подлежать аннулированию?			В пункте 325 отмечается применяемый в некоторых законах о несостоятельности подход, согласно которому положения о расторжении сделок применяются также к обеспечительному интересу, который не был формализован согласно соответствующему законодательству об обеспеченных сделках или к обеспечительному интересу, формализованному в течение непродолжительного срока до открытия производства. Этот вопрос в рекомендациях не затрагивается.
19. Какова продолжительность "подозрительного" периода для расторжения обеспеченной сделки?			Рекомендация 75: " В законодательстве следует установить, что сделки, обладающие характерными признаками, описанными в рекомендации 73(a–c), могут быть расторгнуты, если они совершены в течение оговоренного промежутка времени (подозрительного периода), рассчитанного ретроактивно, начиная с определенной даты – либо с даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, либо даты открытия такого производства. В законодательстве могут устанавливаться различные подозрительные периоды для разных видов сделок". Каких-либо конкретных рекомендаций относительно продолжительности "подозрительного" периода применительно к каким-либо подобным видам сделок не имеется, хотя проводится обсуждение возможных подходов (см. пункты 332–335), а также отмечается, что в тех случаях, когда в сделках участвуют кредиторы, не являющиеся лицами, связанными с должником, "подозрительный" период может быть весьма непродолжительным (приведены примеры от трех до шести месяцев).
	Права на зачет	II.G	Никаких конкретных упоминаний об обеспеченных сделках не имеется. См. пункты 349–352 и рекомендацию 85.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
	Финансовые контракты и взаимозачет	II.H	Рекомендация 88: "Следует предусмотреть в законодательстве разрешение контрагентам произвести после расторжения финансовых контрактов с должником принудительное исполнение и применение своего обеспечительного интереса в отношении обязательств, вытекающих из финансовых контрактов. На финансовые контракты не должно распространяться действие моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении принудительного исполнения обеспечительного интереса".
20. Могут ли обеспеченные кредиторы участвовать в производстве по делу о несостоятельности?	Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	III.C	В рекомендации 110 указывается, что все кредиторы, как обеспеченные, так и не обеспеченные, имеют право участвовать в производстве по делу о несостоятельности и что в законодательстве следует оговорить возможное содержание такого участия с точки зрения функций, подлежащих выполнению.
21. Каким образом могут участвовать обеспеченные кредиторы в производстве по делу о несостоятельности?			В рекомендациях 110–120, касающихся участия кредиторов, различия между обеспеченными и необеспеченными кредиторами не проводится. В пунктах 444, 458 и 459 отмечается, что в некоторых странах законодательство о несостоятельности требует от обеспеченных кредиторов отказаться от своего обеспечения, прежде чем они смогут принять участие в производстве по делу и голосовать в качестве членов органа кредиторов. Однако в тех случаях, когда они не имеют достаточного обеспечения, их участие в работе комитета или в голосовании в органе кредиторов может быть уместным в той степени, в которой имеющееся обеспечение является недостаточным. При реорганизационном производстве обеспеченные кредиторы будут заинтересованы в переговорах с должником и другими сторонами, особенно в тех случаях, когда их права могут быть изменены реорганизационным планом или когда обремененные активы играют ключевую роль для успешной реализации плана. Комитеты кредиторов, как правило, представляют только необеспеченных кредиторов. Хотя законодательство некоторых стран позволяет создавать отдельные комитеты обеспеченных кредиторов, в других законах предусматривается, что обе категории кредиторов должны быть представлены в рамках одного комитета. Еще один используемый в законодательстве о несостоятельности подход состоит в том, чтобы не оговаривать, какие кредиторы должны быть представлены в каждом конкретном случае, а разрешить кредиторам коллективно выбирать своих собственных представителей на основе готовности выполнять соответствующие функции.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
22. В каких случаях обеспеченные кредиторы могут принимать участие в голосовании?			В рекомендации 111 указывается, что в законодательстве должны быть установлены вопросы, по которым требуется проведение голосования кредиторов, и определены соответствующие права и требования в отношении голосования. В частности, кредиторы должны участвовать в голосовании по утверждению плана реорганизации. В пункте 474 отмечается, что в некоторых законах проводится разграничение между вопросами, для которых требуется поддержка как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов: обеспеченные кредиторы будут участвовать в голосовании только по оговоренным вопросам, таким как выбор управляющего в деле о несостоя-тельности и вопросы, затрагивающие их обеспечение. См. также раздел "Реорганизация".
	Право заинтересо-ванной страны быть заслушанной	III.D	В рекомендации 121 предусматривается, что все заинтересованные стороны должны иметь право быть заслушанными (без конкретного упоминания об обеспеченных кредиторах).
	План реорганизации	IV.A	В рекомендации 128 предусматривается, что в законодательстве следует оговорить минимальное содержание плана, включая... средства реализации плана, которые могут включать... v) [изменение условий обеспечительных интересов, включая] отсрочку даты погашения обязательств или изменение процентной ставки или другого условия; vi) продолжение использования обремененных активов;]..." (см. также пункты 498 и 499).
23. Каким образом предусмат-ривается обязательная сила плана реорганизации для обеспеченных кредиторов, если они выражают несогласие с ним или воздерживаются в ходе голосования?			В пунктах 512–517 проводится обсуждение подходов к вопросу о выражении согласия обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования. В пункте 516 обсуждаются различные подходы к приданию обязательной силы плану в отношении несогласных с ним членов категории обеспеченных кредиторов, проголосовавшей в свою очередь в поддержку этого плана, а также защитные меры, которые могут быть применены или условия, которые должны быть удовлетворены, прежде чем плану может быть придана обязательная сила в отношении таких кредиторов.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
24. Должен ли предусматриваться минимальный стандарт уровня возмещения средств обеспеченным кредитора в рамках реорганизационного производства?			В пункте 529 рассматривается вопрос о том, все ли категории кредиторов должны поддержать план, с тем чтобы он был принят.
25. Должен ли обеспеченный кредитор давать свое согласие на изменение прав?			Что касается вопроса о воздержании при голосовании, то в пункте 510, специально не останавливаясь на этом вопросе, отмечается, что в законодательстве о несостоятельности потребуется рассмотреть подходы к кредиторам, не участвовавшим в голосо-вании или воздержавшимся в его ходе. В частности, указывается, что согласно некоторым законам голоса таких кредиторов считаются голосами, поданными против принятия плана, а согласно законода-тельству других стран для целей определения того, было ли получено большинство, необходимое для принятия плана, учитываются только голоса кредиторов, фактически принявших участие в голосовании. В рекомендациях не содержится конкретных упоминаний о принятии плана обеспеченными кредиторами, однако указывается на необходимость оговорить в законодательстве о несостоятельности – для тех случаев, когда голосование проводится по категориям (рекомендация 133), – каким образом следует рассматривать итоги голосования каждой категории в целях принятия плана, а для тех случаев, когда принятие плана всеми категориями не требуется (рекомендация 134), указывается, что в законодательстве следует определить режим в отношении категорий, не голосовавших в поддержку плана, который в иных отношениях был принят требуемым большинством или требуемыми категориями. В рекомендации 136 предусматривается, что план должен иметь обязательную силу для должника, кредиторов и других заинтере-сованных сторон либо на основании принятия плана необходимым большинством, либо в силу сочетания принятия плана и его утверждения судом. Рекомендация 137: "[Законодательство может предусматривать, что, если обеспеченные кредиторы не поддерживают план и для реорганизации требуются обремененные активы, суд может вынести постановление о возможности продолжения использования этих активов в ходе реорганизации при условии обеспечения защиты интересов необеспеченных кредиторов.]".

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			Когда законодательство требует утверждения судом плана, принятого требуемыми категориями или требуемым большинством категорий, в рекомендации 138 оговариваются условия, которые должны быть соблюдены, включая следующее: "c) кредиторы по плану получат по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не дали особого согласия на ухудшение режима; и f) режим требований в плане соответствует категоризации требований, содержащейся в законодательстве, за исключением тех случаев, когда кредиторы, которых это затрагивает, соглашаются на изменение этой категоризации".
26. Могут ли обеспеченные кредиторы принять участие в голосовании по плану реорганизации?			В пунктах 510 и 512–514 отмечается, что решение вопроса о голосовании обеспеченных кредиторов зависит от режима, который предусматривается в законодательстве о несостоятельности для обеспеченных кредиторов, степени, в которой план реорганизации может затронуть обеспечительный интерес обеспеченного кредитора, а также той меры, в которой стоимость обремененных активов может удовлетворить требование обеспеченного кредитора. Отмечается, что в тех случаях, когда действие положений законодательства о несостоятельности не затрагивает обеспеченных кредиторов, у них не возникает необходимости в праве на участие в голосовании или каких-либо защитных мерах, однако при этом шансы на успешную реорганизацию невелики. Обеспеченный кредитор может принимать участие в голосовании как кредитор в той части, в которой его требование является необеспеченным. В пункте 515 отмечается, что различные подходы к вопросу о голосовании предусматривают участие в голосовании по плану, который затронет обеспеченные требования, в качестве отдельной категории или участие каждого обеспеченного кредитора, образующего свою собственную категорию, поскольку интересы таких кредиторов весьма часто расходятся. В пунктах 515 и 529 отмечается, что требования к голосованию обеспеченных кредиторов обычно являются такими же, как и применительно к принятию плана необеспеченными кредиторами, хотя в некоторых законах требуется различное большинство в зависимости от того, каким образом права кредиторов затрагиваются планом, и от необходимости в их поддержке плана.
27. Что происходит в случае, если план не принимается?			В руководстве обсуждаются вопросы изменения предложенного плана (пункт 530) и преобразования производства в ликвидацию (пункт 531); в рекомендации 145 предусматривается преобразование производства судом в том случае, в частности, когда "c) предло-женный план не принят".

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
28. Может ли план быть оспорен после утверждения?			В рекомендации 138 устанавливаются условия, которые должны существовать для того, чтобы план был утвержден судом (в случае, если утверждение суда требуется); в рекомендации 139 рассматривается вопрос об оспаривании в случае, когда утверждения не требуется; в рекомендации 140 рассматривается вопрос об оспаривании утвержденного плана на основании мошенничества. В пункте 535 обсуждаются предусматриваемые различными законами основания для оспаривания, которые могут включать следующее: план не является реально осуществимым, поскольку, например, для его успешного осуществления требуются обремененные активы, однако обеспеченные кредиторы не связываются планом и не была достигнута договоренность с соответствующими обеспеченными кредиторами в том, что касается принудительного взыскания их обеспечительных интересов.
29. Продолжается ли действие моратория для обеспеченных кредиторов в случае преобразования производства в ликвидацию?			В пункте 550 отмечается, что в законодательстве о несостоятельности необходимо урегулировать этот вопрос.
	Ускоренное реорганизационное производство	IV.B	Включение обеспеченной задолженности: в пункте 559 отмечается, что обеспеченная задолженность может быть включена в повестку дня переговоров о добровольной реструктуризации с согласия обеспеченных кредиторов.
30. Требуется ли представление требований обеспеченными кредиторами? Каковы последствия представления требования?	Режим требований кредиторов	V.A	Рекомендация 156: "Законодательство должно указывать, должны ли обеспеченные кредиторы представлять требования" (в сноске 104 к рекомендации 156 отмечается, что согласно законодательству некоторых стран обеспеченный кредитор, который подает требование, считается отказавшимся от права на обеспечение или некоторых привилегий, связанных с кредитом, в то время как согласно законодательству других стран те же последствия наступают в случае непредставления требования). См. также пункты 567–569 и 587. В пунктах 586–589 рассматриваются различные подходы к вопросу о неспособности представить требование, а в рекомендации 159 указывается на необходимость определить в законодательстве о несостоятельности последствия непредставления требования.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			Уведомление о необходимости представить требование: в пункте 570 высказывается мнение о том, что в случае, когда процедура представления требований может затронуть право обеспеченного кредитора, в уведомление об открытии производства должна включаться информация, касающаяся представления или непредставления обеспеченных требований; см. рекомендацию 19. В рекомендации 154 говорится о требовании к кредитору представить требование и указать его основание и сумму. Рекомендация 161 касается доказательств.
31. Что происходит в случае, если стоимость обременен-ного актива является мень-шей, чем сумма обеспечен-ного требования?			Рекомендация 167: "[Законодательство должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и необеспеченную долю путем оценки обремененного актива.]". (См. также вопрос 9 выше)
32. Могут ли в случае несостоятельности приоритеты, установленные законодательством, повлиять на первоочередность приоритета обеспеченных кредиторов?	Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации]	V.B	В пунктах 624–626 обсуждается очередность требований и отмечается, что во многих законах о несостоятельности в качестве первоочередных признаются права обеспеченных кредиторов на удовлетворение их требований либо за счет поступлений от продажи конкретных обремененных активов, либо из общих средств. В то же время в пункте 625 отмечается, что в некоторых странах законодательство о несостоятельности не предоставляет обеспеченным кредиторам первоочередности, и рассматриваются различные используемые подходы, включая порядок, при котором за платежами обеспеченным кредиторам признается очередь после административных расходов и других требований или сумма, которая может быть получена (в приоритетном порядке) обеспеченными кредиторами из активов, обеспечивающих их требования, ограничивается

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			определенной долей этого требования. В пункте 626 отмечается, что еще одно исключение из правила первоочередности может быть также связано с приоритетами, предусмотренными для привлечения финансирования после открытия производства, причем последствия любого предоставленного приоритета для интересов обеспеченных кредиторов должны быть ясно установлены в момент привлечения финансирования, особенно в силу того, что для такого финансирования может требоваться согласие обеспеченных кредиторов (см. также вопросы 14–16 выше). Далее отмечается, что такие подходы могут создавать неопределенность в вопросе о возвращении обеспеченных кредитов, и в руководстве высказы-вается мнение о том, что использование таких исключений в отношении первоочередности было бы весьма желательно ограничить. Рекомендация 173: "Законодательство должно предусматривать, что обеспеченные требования должны удовлетворяться из обеспечения при ликвидации или согласно плану реорганизации с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом, если таковые имеются, в сравнении с обеспеченным требованием. Требования с более высоким в сравнении с обеспеченными требованиями приоритетом следует свести к минимуму и четко указать в законе. В той мере, в какой сумма обеспечения недостаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, обеспеченный кредитор может участвовать в качестве обычного необеспеченного кредитора". См. также рекоменда-ции 172 и 174.
33. Следует ли зарезервировать в законодательстве определенную долю стоимости обремененных активов для распределения среди других кредиторов, помимо обеспеченных?			Пункт 625 (см. вопрос 32 выше). В этом пункте также отмечается, что согласно некоторым законам, в соответствии с которыми определенная доля резервируется для платежей кредиторам более низкой очереди, проводится различие между обеспечительными интересами в отношении практически всех активов предприятия ("ипотека предприятия" или "плавающее обременение") и другими видами обеспечительных интересов.
34. Каков режим соглашений о субординации в случае несостоятельности?			В пунктах 617–623 рассматриваются различные виды субординации. В рекомендации 174 устанавливается очередность требований, включая отсроченные или субординированные требования. Вопрос о режиме соглашений о субординации при несостоятельности по существу не обсуждается, и никаких рекомендаций по этой теме не приводится.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
35. Должны ли обеспеченные кредиторы нести свою долю расходов на управление имущественной массой в деле о несостоятельности?			В пункте 626 отмечается, что от обеспеченного кредитора может потребоваться участие в покрытии других расходов, непосред-ственно связанных с его интересами, таких как административные расходы, понесенные в связи с сохранением обремененных активов. Если управляющий в деле о несостоятельности затратил опреде-ленные средства на цели сохранения стоимости активов, служащих обеспечением, то было бы целесообразно возмещать такие расходы в качестве административных расходов за счет той суммы, которая в ином случае была бы выплачена в первоочередном порядке обеспеченному кредитору за счет поступлений от продажи этих активов.
	Режим корпора-тивных групп в делах о несостоя-тельности	V.C	В пункте 651 отмечается, что законы о несостоятельности, предусматривающие консолидацию долгов, не затрагивают прав обеспеченных кредиторов, кроме как, возможно, держателей внутригрупповых ценных бумаг (в тех случаях, когда обеспеченный кредитор является одной из компаний, входящей в группу).
	Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоя-тельности	V.D	См. A/CN.9/WG.V/WP.72. В рекомендации 179 предусматривается, что законодательство о несостоятельности должно признавать юридические и имущест-венные права и требования, возникающие в силу общих норм права, кроме как в сфере действия любых прямо установленных ограничений, а в рекомендации 180 указывается, что законодатель-ство, применимое к вопросам о действительности и юридической силе любых юридических или имущественных прав или требований, существующих на момент открытия производства по делу о несо-стоятельности, должно определяться на основании норм частного международного права, действующих в пределах правовой системы, в которой открывается производство по делу о несостоятельности. В рекомендации 181 предусматривается, что законодательство государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности, должно распространяться на все аспекты ведения этого производства, управления им и его завершения, а также на все его последствия. В рекомендациях 182–184 рассматриваются исключения из сферы применения законодательства, действующего в месте производства по делу о несостоятельности: последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязательств участников платежной системы или систем расчетов или участников регулируемого финансового рынка должны регулироваться правом, применимым к системе или рынку; расторжение, продолжение или изменение

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
			трудовых договоров и отношений может регулироваться правом, применимым к договору; и следует ограничить количество любых дополнительных исключений, которые к тому же должны быть четко изложены в законодательстве о несостоятельности.
36. Режим договоренностей о правовом титуле в делах о несостоятельности	Договоренности о правовом титуле		Вопросы о режиме договоренностей о правовом титуле в делах о несостоятельности в руководстве прямо не рассматриваются, кроме как в той мере, в которой они, возможно, охватываются обсужде-нием обеспечительных интересов, режима активов, принадлежащих третьим сторонам, и режима контрактов. В общем виде см. пунк-ты 162–164, 236 и 237 и раздел II.E "Режим контрактов". В пунк-тах 162 и 163 отмечается, что в некоторых законах о несостоятель-ности допускается отделение активов, на которые кредитор сохраняет правовой титул или право собственности, от имуществен-ной массы в делах о несостоятельности и что согласно некоторым законам отделение таких активов может подчиняться действию положений, касающихся режима контрактов. Отмечается, что имущественная масса в деле о несостоятельности будет, как правило, включать любые права, которыми должник может обладать в отношении таких активов (см. вопрос 1). Далее отмечается, что активы, принадлежащие третьим сторонам, могу иметь важнейшее значение при реорганизации или продаже предприятия в рамках ликвидации и что в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть определенный механизм, который позволит сохранить такие активы для использования в рамках производства по делу о несостоятельности при условии защиты интересов третьей стороны–собственника и права такой стороны оспорить принятое решение. В пункте 236 отмечается также возможная необходимость в использовании активов, принадлежащих третьей стороне, в рамках реорганизации и продажи предприятия в случае ликвидации, а также указывается, что в законодательстве о несостоятельности этот вопрос, как правило, регулируется в контексте образования имущественной массы или режима контрактов путем установления ограничений на прекращение контрактов или воспрепятствования собственнику требовать возвращения активов в течение определенного ограниченного срока. В пункте 237 обсуждается необходимость в защите от сокращения стоимости активов. В главе о режиме контрактов никаких конкретных упоминаний относительно договоренностей о правовом титуле не содержится.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
37. Распространяется ли действие моратория на договоренности об удержании правового титула?			Предполагается, что мораторий будет применяться либо в силу того, что i) договоренность об удержании правового титула рассматри-вается в качестве обеспечительного интереса и рекомендация 34(b) применяется к мораторию на "принудительную реализацию обеспечительных интересов" при условии наличия обычных мер защиты (см. рекомендацию 38); или ii) договоренность рассматри-вается в качестве контракта, по которому обе стороны должны исполнить свои обязательства, и будет применяться рекоменда-ция 34(a) (мораторий на возбуждение или продолжение процессуаль-ных действий, касающихся прав, обязательств или ответственности должника) или (d) (мораторий на прекращение контрактов).
38. Какими полномочиями обладает управляющий в деле о несостоятель-ности на использование или продажу активов, являющихся предметом договоренности об удержании правового титула?			Если такие договоренности рассматриваются в качестве обеспечи-тельного интереса, то управляющий в деле о несостоятельности будет обладать теми же полномочиями, что и применительно к обремененным активам: см. рекомендации 40, 43 и 44. Если такие договоренности рассматриваются в качестве контракта, по которому стороны должны исполнить свои обязательства, то управляющий в деле о несостоятельности может использовать процедуры, регулирующие вопросы продолжения исполнения контрактов: см. рекомендации 58–71.
39. При каких обстоятель-ствах держатель права на удержание правового титула будет связан планом реорганизации?			Если удержание правового титула рассматривается в качестве обеспечительного интереса, то держатель этого права будет связан таким же образом, что и обеспеченный кредитор: см. рекомен-дацию 137. Если такую договоренность рассматривать в качестве контракта, по которому обе стороны должны исполнить свои обязательства, результат будет зависеть от режима контракта.

Вопрос	Название раздела	Номер раздела	Основные положения режима, предусматриваемого в проекте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности
40. Каков режим условных продаж в рамках производства по делу о несостоятельности?			Этот вопрос конкретно не рассматривается.
41. Каков режим договоров финансовой аренды в рамках производства по делу о несостоятельности?			Этот вопрос конкретно не рассматривается; см. в то же время пункт 163.
42. Является ли "активное сальдо" частью имущественной массы в деле о несостоятельности?			Этот вопрос конкретно не рассматривается.
43. Распространяется ли мораторий на арендодателей имущества, которое находится во владении должника или под его контролем?			См. Руководство, глава II.B "Применение моратория"; обсуждение вопроса об использовании активов, принадлежащих третьим сторонам (пункты 236 и 237), и примечание для рабочих групп в связи с вопросом 37.

G. Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии

(A/CN.9/WG.V/WP.72) [Подлинный текст на английском языке]

Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности

1. На своей двадцать девятой сессии в сентябре 2003 года Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности) на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 обсудила вопрос о применимом праве, регулирующем производство по делу о несостоятельности. К Секретариату была обращена просьба отразить проведенное обсуждение при пересмотре текста рекомендаций относительно применимого права и подготовить комментарий для рассмотрения Рабочей группой на ее следующей сессии. К Секретариату была также обращена просьба провести консультации с Гаагской конференцией по международному частному праву.

2. В настоящей записке вниманию Рабочей группы предлагается проект комментария по вопросам применимого права, регулирующего производство по делу о несостоятельности, и свод пересмотренных рекомендаций, подготовленных в консультациях с Гаагской конференцией по международному частному праву. Эти материалы предназначены для того, чтобы заменить нынешний раздел D, следующий за пунктом 652 документа A/CN.9/WG.V/WP.70 Part II (что потребует соответствующего изменения нумерации комментария и рекомендаций в этом документе).

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о месте пересмотренной рекомендации 179 в тексте руководства на том основании, что вопросы применимого права в ней не затрагиваются (см. также рекомендацию 74(a) в главе II.F, посвященной расторжению сделок).

Часть вторая. Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

V. Ведение производства

D. Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности

1. Введение

652a. В тех случаях, когда в производство по делу о несостоятельности вовлечены стороны или активы, находящиеся в различных государствах, могут возникать сложные вопросы относительно права, которое будет применяться к вопросам действительности и юридической силы прав в таких активах или других требований, а также к режиму таких активов и прав и требований этих

иностранных сторон производства по делу о несостоятельности. В случае подобного производства 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. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VII) не содержится унифицированных коллизионных норм для государств, принимающих этот Типовой закон, и, таким образом, эти вопросы оставлены на урегулирование на основании действующих правил и практики. Хотя производство по делу о несостоятельности будет, как правило, регулироваться правом государства, в котором оно возбуждено (lex fori concursus), во многих государствах приняты исключения из применения этого права, причем такие исключения могут различаться как по числу, так и по объему. Различия в числе и сфере действия таких исключений могут создать неопределенность и непредсказуемость для сторон, участвующих в трансграничном производстве по делам о несостоятельности. Конкретное урегулирование, прозрачным и предсказуемым образом, вопросов о применимом 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.

2. Право, применимое к созданию юридических и имущественных прав и требований

652b В число внутренних условий 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 случае необходимости, 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.

652c. В контексте трансграничной несостоятельности важно провести 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 это уже отмечалось, законодательство о несостоятельности не создает прав или требований, решение вопросов о том, было ли действительно создано то или иное конкретное право или требование, и о содержании такого права или требования относится к сфере регулирования 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.

3. Право, применимое к последствиям несостоятельности – lex fori concursus

652d. После того как определены действительность и юридическая сила какого-либо права или требования согласно праву, указанному в качестве применимого на основании коллизионных норм суда, встает 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, возникающая 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; приоритетов 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.

652e. 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 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 оба требования с учетом их сущностного содержания и функций друг другу в такой степени, что они могут быть сочтены "функционально взаимозаменимыми". 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.

4. Право, применимое к последствиям несостоятельности – исключения из действия lex fori concursus

652f. 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 вопросам о действительности и исковой силе (которое по-прежнему будет определяться на основании общих коллизионных норм суда), а изменить право, применимое к последствиям несостоятельности. Вместо применения lex fori concursus последствия о несостоятельности могут регулироваться, например, правом, применимым к вопросу о действительности и юридической силе. Например, последствия о несостоятельности для права на зачет могут определяться не lex fori concursus, а законом, применимым к праву на зачет. Другие примеры исключений из применения права государства суда, принятых в различных законах о несостоятельности, связаны с правом, применимым к платежным системам, трудовым договорам, положениям о расторжении сделок и правам собственности.

a) Платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки

652g. 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 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 домицилия 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 регулируемыми 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 послужит защите общей определенности и атмосферы доверия в системе или на рынке и позволит избежать возникновения системных рисков.

b) Трудовые договоры

652h. 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 контракта, 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 одной и той же правовой системы, независимо от того, наняты ли они местным или иностранным нанимателем.

c) Обеспечительные интересы

652i. В некоторых законах о несостоятельности подобный подход используется также применительно к обеспечительным интересам. Это решение предполагает, что право, регулирующее вещные права, будет определять не только их создание и общую действительность, но также и их юридическую силу в случае производства по делу о несостоятельности. Другими словами, статус вещного обеспечительного интереса в производстве по делу о несостоятельности, открытым за границей, будет определяться не lex fori concursus, а нормами о несостоятельности, содержащимися в праве, применимом к обеспечительному интересу. В противном случае применение lex fori concursus может затронуть юридическую базу кредитования под обеспечение, что привнесет фактор нестабильности, который может повысить стоимость финансирования на внутреннем рынке. Если иностранное производство затрагивает местные обеспечительные интересы, то стоимость таких обеспечительных интересов может быть серьезно подорвана. Аналогично, перенос центра деловых интересов должника в другое государство может обусловить коренное изменение в положении обеспеченной стороны. Как уже отмечалось выше, права на зачет могут быть также подчинены иному праву, чем закон государства суда, по причинам, связанным с ожиданиями сторон, особенно если они поддерживают регулярные коммерческие отношения.

d) Положения о расторжении сделок

652j. Причины, связанные с желанием поддержать определенность и уменьшить риски, могут быть также приведены и в случае применения положений о расторжении сделок. Во многих законах о несостоятельности предусматривается, что правом, регулирующим расторжение сделок, должен быть lex fori concursus даже в тех случаях, когда согласно общим коллизионным нормам суда сделки, подлежащие расторжению, будут регулироваться иностранным правом. В других законах применяется подход, согласно которому право, регулирующее сделку, также регулирует действия по расторжению этой сделки. Принцип, лежащий в основе этих исключений из сферы применения lex fori concursus, направлен на защиту контрагента и его ожиданий относительно применения права, регулирующего сделку. Такой подход может обеспечить контрагентов некоторой степенью определенности и предсказуемости в том, что их сделка с должником не станет впоследствии предметом враждебных действий в рамках производства по делу о несостоятельности, и может оказать помощь в сокращении стоимости кредитных и коммерческих сделок в результате уменьшения риска расторжения (что может иметь важнейшее значение в случае сделок, осуществляемых в рамках платежной или расчетной системы).

652k. В некоторых законах, которые применительно к действиям по расторжению сделок обращаются к праву, регулирующему сделку, используется подход, сочетающий в том или ином виде обращение к lex fori concursus и к праву, регулирующему сделку. Согласно одному из подходов предусматривается, что сделка не будет подлежать расторжению при несостоятельности, если только

она не будет подлежать такому расторжению согласно как праву государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, так и праву, регулирующему сделку. Согласно второму подходу предусматривается, что сделка может быть расторгнута, если такое расторжение может быть произведено либо согласно праву суда, либо согласно праву, регулирующему сделку. Например, в законодательстве одной из стран предусматривается, что к вопросам расторжения будет применяться закон суда, однако признается возможность применения иного закона в случае, когда он является более строгим, чем право государства суда, и приведет к расторжению более широкого круга сделок.

5. Достижение сбалансированности между желательностью исключений и целями процедур несостоятельности

652l. 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 рамках соответствующей правовой системы 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 определением тех вопросов, которые будут подлежать разрешению на основании применимого права для целей и последствий несостоятельности и для определения действительности и юридической силы прав или требований, для которых согласно праву государства суда будут предусматриваться последствия в случае несостоятельности. Таким образом, во многих обстоятельствах применение lex fori concursus к вопросам последствий несостоятельности может сократить издержки и расходы и, в силу этого, 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 аналогичном положении кредиторов лишь в силу того, что их права и требования будут регулироваться различным применимым правом. Например, может быть приведен довод о том, что правила зачета государства суда должны применяться к требованиям на том основании, что, при несостоятельности, права зачета тесно связаны с доказыванием и определением стоимости требований, а также с принципами, регулирующими равный режим кредиторов. Поскольку эти вопросы регулируются правом государства суда, аналогичным образом должны регулироваться и права зачета.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений о применимом праве в рамках производства по делу о несостоятельности заключаются в следующем:

a) содействовать торговле за счет признания, в рамках производства по делу о несостоятельности, прав и требований, возникающих до открытия производства по делу о несостоятельности, а также признания права, которое

будет применяться к вопросам действительности и юридической силы таких прав и требований;

b) определение права, применимого при производстве по делу о несостоятельности, и установление исключений в отношении применения этого права, если таковые предусматриваются.

Содержание законодательных положений

Признание прав и требований, возникающих до открытия производства

179) В законодательстве о несостоятельности должны признаваться права и требования, возникающие согласно общим нормам права, кроме как в той степени, в которой в законодательстве о несостоятельности прямо предусматриваются какие-либо ограничения.

Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований

180) 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.

Право, применимое в рамках производства по делу о несостоятельности

181) 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 решение вопроса о том, должны ли критерии открытия производства различаться в зависимости от стороны, ходатайствующей о его открытии;

c) образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности;

d) защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности;

e) использование активов или распоряжение ими;

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

g) расторжение некоторых сделок;

h) режим контрактов;

i) зачет;

j) режим обеспеченных кредиторов;

k) права и обязательства должника;

l) функции кредиторов и комитета кредиторов;

n) режим требований;

o) очередность требований;

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

q) распределение поступлений;

r) завершение производства; и

s) освобождение от обязательств.

Исключения из применения права, регулирующего производство по делу о несостоятельности

182) Невзирая на рекомендацию 179, 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.

183) Невзирая на рекомендацию 179, последствия производства по делу о несостоятельности для расторжения, продолжения или изменения трудовых договоров могут регулироваться правом, применимым к договору.

184) Число любых исключений, помимо тех, о которых говорится в рекомендациях 182 и 183, должно быть ограничено, и они должны быть ясно изложены или указаны в законодательстве о несостоятельности.

H. 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)

(A/CN.9/550) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение: резюме предыдущих обсуждений рабочих групп	1–4
II.	Организация сессии	5–10
III.	Краткое изложение обсуждений и решений	11
IV.	Рассмотрение режима обеспечительных интересов при производстве по делам о несостоятельности	12–22
	A. Применение положений о моратории и расторжении сделок к вопросам формализации обеспечительного интереса	12–14
	B. Установление экономической стоимости обеспечительных интересов (особенно момент определения стоимости)	15–17
	C. Режим обеспеченных кредиторов при реорганизации, когда они не соглашаются с планом реорганизации или воздерживаются от голосования по нему	18
	D. Отходы от принципа первоочередности приоритета обеспеченных кредиторов	19
	E. Режим соглашений о субординации	20
	F. Режим договоренностей о правовом титуле	21–22

I. Введение: резюме предыдущих обсуждений рабочих групп

1. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия с особым удовлетворением приняла к сведению усилия, предпринимаемые Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) с целью координации их работы по вопросу о режиме обеспечительных интересов при производстве по делу о несостоятельности, и одобрила внесенное предложение о дальнейшей работе обеих рабочих групп на основе согласованных ими принципов (см. A/CN.9/511, пункты 126 и 127, и A/CN.9/512, пункт 88). На этой сессии Комиссия также одобрила предложение о более четкой координации работы обеих рабочих групп, включая предложение о проведении совместных заседаний[1].

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (*A/57/17), пункт 203.

2. На своей первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года) Рабочая группа V и Рабочая группа VI рассмотрели режим обеспечительных прав при производстве по делу о несостоятельности на основе главы IX "Несостоятельность" проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). На этой сессии Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант главы IX "Несостоятельность" (см. A/CN.9/535, пункт 8).

3. На своей тридцать шестой сессии (2003 год) Комиссия выразила свою признательность рабочим группам V и VI за прогресс, достигнутый в ходе их первой совместной сессии по вопросам, представляющим общий интерес, и с удовлетворением отметила планы проведения совместных совещаний экспертов[2].

4. На своей четвертой сессии (Вена, 8–12 сентября 2003 года) Рабочая группа VI обсудила пересмотренный вариант главы IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) и просила Секретариат подготовить новый пересмотренный вариант (см. A/CN.9/543, пункт 15). На этой сессии был определен ряд вопросов, связанных с режимом обеспечительных интересов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (см. A/CN.9/543 , пункты 79–83). С учетом просьбы Комиссии к Рабочей группе V завершить свою работу над проектом руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности и передать его на рассмотрение тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году для окончательной доработки и принятия было предложено провести вторую совместную сессию рабочих групп для дальнейшего рассмотрения вопросов, определенных Рабочей группой VI[3].

II. Организация сессии

5. Рабочие группы V и VI, в состав которых входят все государства – члены Комиссии, провели свою вторую совместную сессию в Нью–Йорке 26 и 29 марта 2004 года. На сессии присутствовали представители следующих государств – членов рабочих групп: Австрия, Германия, Индия, Испания, Италия, Камерун, Канада, Китай, Колумбия, Мексика, Российская Федерация, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Судан, Таиланд, Франция, Швеция и Япония.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралия, Аргентина, Беларусь, Бельгия, Гана, Дания, Ирландия, Катар, Мадагаскар, Монголия, Нигерия, Нидерланды, Оман, Польша, Республика Корея, Святейший Престол, Турция, Филиппины, Чешская Республика, Швейцария и Южная Африка.

7. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк, Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС); b) межправительственные организации: Азиатский банк развития, Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР), Международная ассоциация регулирования вопросов несостоятельности (МАРН); c) неправительственные организации: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов (АФА), Центр международных юридических исследований (ЦМЮИ), Ассоциация коммерческого финансирования, Научно–исследовательская группа по вопросам несостоятельности (НИГН), Международная ассоциация адвокатов

[2] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17 (*A/58/17), пункт 217.
[3] Там же, пункт 197.

(МАА), Международная торговая палата (МТП), Международная федерация ИНСОЛ, Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Институт международного права, Международная рабочая группа по европейскому законодательству о несостоятельности, Институт иностранного и частного международного права им. Макса Планка, Европейская ассоциация студентов–юристов (ЕАСЮ), Международный союз адвокатов (МСА).

8. Рабочие группы избрали следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Александер Р. МАРКУС (Швейцария, в личном качестве)

Докладчик: г-н Карлос САНЧЕС–МЕХОРАДА и ВЕЛАСКО (Мексика)

9. На рассмотрении рабочих групп находилась записка Секретариата "Режим обеспечительных интересов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности" (A/CN.9/WG.V/WP.71) и проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.70, части I и II).

10. Рабочие группы приняли следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Рассмотрение режима обеспечительных интересов при производстве по делам о несостоятельности
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

III. Краткое изложение обсуждений и решений

11. Рабочие группы рассмотрели режим обеспечительных интересов в проекте руководства законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности ("проект руководства") на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.71, уделив основное внимание вопросам, изложенным в пункте 7 этого документа. Обсуждения и решения рабочих групп в связи с этими вопросами излагаются ниже.

IV. Рассмотрение режима обеспечительных интересов при производстве по делам о несостоятельности

A. Применение положений о моратории и расторжении сделок к вопросам формализации обеспечительного интереса

12. В предварительном плане было отмечено, что, хотя рекомендация 34 проекта руководства включает конкретную ссылку на формализацию обеспечительных интересов, в комментарии проекта руководства обсуждения вопросов формализации не проводится, и было высказано мнение, что такое обсуждение было бы полезно добавить. Было также отмечено, что использование термина "формализация", возможно, потребуется еще раз рассмотреть и принять более широкое определение, например, то, которое приводится в квадратных скобках в рекомендации 34(b): "действия по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон", – или определение, содержащее ссылку на "требования к публичности".

13. Что касается желательности включения вопросов формализации в сферу действия моратория, то было высказано мнение, что, если какие-либо иные нормы, чем законодательство о несостоятельности, допускают формализацию в течение определенных оговоренных сроков или льготных периодов (как об этом упоминается в сноске 35 к пункту 189 документа A/CN.9/WG.V/WP.70), эти сроки, возможно, потребуется признать в законодательстве о несостоятельности и допустить формализацию обеспечительного интереса после открытия производства по делу о несостоятельности, однако только в течение оговоренных льготных периодов. В тех случаях, когда иные нормы, чем законодательство о несостоятельности, не устанавливают таких льготных периодов, мораторий, применяемый после открытия производства по делу о несостоятельности, будет препятствовать формализации. Такой подход получил широкую поддержку. В дополнение к этому было отмечено, что вопрос о том, придаст ли акт формализации в условиях несостоятельности силу обеспечительному интересу в отношении третьих сторон, следует отличать от вопроса о том, допускается ли формализация. Например, согласно праву одной из стран обеспечительный интерес, формализованный после открытия производства, не будет иметь силы при ликвидации, однако может иметь такую силу при реорганизации. Было отмечено, что решение вопросов о силе в случае несостоятельности может зависеть от того, какой акт формализации был совершен. В случае, например, когда для формализации требуется регистрация, она может допускаться и после открытия производства по делу о несостоятельности, однако если формализация предполагает вступление обеспеченного кредитора во владение активами, то может быть высказана и иная точка зрения, поскольку это приведет к сокращению активов, которые могут быть включены в имущественную массу.

14. Что касается применения положений о расторжении сделок к вопросам формализации, то было выражено общее согласие с тем, что направленные на формализацию действия должны подлежать расторжению в том же порядке, что и другие действия, обсужденные в главе проекта руководства, посвященной расторжению.

B. Установление экономической стоимости обеспечительных интересов (особенно момент определения стоимости)

15. Было предложено включить в обсуждение вопросов определения стоимости в пунктах 210-214 проекта руководства перекрестную ссылку на главу, посвященную регистрации и проверке требований, поскольку ранняя регистрация обеспеченных требований позволит заблаговременно определить их стоимость, установить степень, в которой они являются обеспеченными, и решить вопрос о том, требуется ли защита.

16. Было высказано мнение, что рекомендация 39 проекта руководства в ее нынешней формулировке четко не предусматривает права на защиту экономической стоимости обремененных активов, а оставляет решение вопроса о предоставлении защиты на усмотрение суда. Было подчеркнуто, что обеспеченным кредиторам необходимо знать, каким образом их интересы будут затронуты открытием производства по делу о несостоятельности, и что, соответственно, подобные последствия должны быть четко изложены в законодательстве о несостоятельности. В частности, кредиторам необходимо знать, что в тех случаях, когда открытие производства по делу о несостоятельности затронет экономическую стоимость обремененных активов, у них будет иметься право на определенную форму защиты стоимости таких активов. Было также отмечено, что рекомендация 39 ограничивается теми ситуациями, когда стоимость активов не превышает стоимости обеспечительного интереса, или те ситуации, когда, если стоимость

уменьшается, кредитор может оказаться недостаточно обеспеченным, однако те случаи, когда кредитор является чрезмерно обеспеченным, не рассматриваются. Было высказано мнение, что в последнем случае кредиторы могут также иметь право на защиту, например на уплату процентов. В ответ было подчеркнуто, что в законодательстве о несостоятельности следует тщательно сбалансировать различные интересы сторон производства. В порядке возражения было указано, что уплата процентов чрезмерно обеспеченному кредитору может привести к тому, что этот кредитор в результате производства по делу о несостоятельности получит выгоды, дополнительные к тем, которые уже создаются его обеспечительным интересом, и что такой результат не может быть поддержан.

17. После обсуждения было выражено согласие с тем, что в качестве общего принципа в проекте руководства следует указать, что обеспеченным кредиторам необходимо предоставить право, по подаче ходатайства суду, на защиту стоимости обремененных активов. Предоставляя такую защиту, суд сможет, по своему усмотрению, избрать наиболее уместные меры защиты из числа тех, которые предусматриваются согласно законодательству о несостоятельности. Далее было достигнуто согласие о том, что концепция сокращения стоимости должна ограничиваться тем уменьшением, которое причинено открытием производства по делу о несостоятельности, например случаями, когда применение моратория препятствует обеспеченному кредитору принять имеющиеся в его распоряжении меры по защите стоимости активов или когда использование активов должником в ходе производства приводит к сокращению их стоимости.

C. Режим обеспеченных кредиторов при реорганизации, когда они не соглашаются с планом реорганизации или воздерживаются от голосования по нему

18. В связи с режимом обеспеченных кредиторов при реорганизации был высказан ряд мнений. В частности, были заданы вопросы о том, предполагается ли охватить рекомендацией 138 проекта руководства несогласных членов категории кредиторов, проголосовавшей в поддержку плана, или несогласную категорию обеспеченных кредиторов; требуется ли голосование обеспеченных кредиторов по плану, наносящему ущерб их интересам; могут ли обеспеченные кредиторы быть связаны планом в отсутствие их согласия; и каким образом обремененные активы могут по-прежнему использоваться при реорганизации. Было отмечено, что текст проекта руководства содержит определенные формулировки в квадратных скобках, указывающие на то, что ряд вопросов Рабочей группе V еще предстоит урегулировать. Было высказано мнение, что этой Рабочей группе следует учесть проблемы, поднятые на совместной сессии.

D. Отходы от принципа первоочередности приоритета обеспеченных кредиторов

19. Рабочие группы в целом одобрили комментарий и рекомендации проекта руководства в их нынешней формулировке.

E. Режим соглашений о субординации

20. Был задан ряд вопросов, каким образом подобные соглашения будут регулироваться в случае производства по делу о несостоятельности, особенно в отношении классификации и приоритета субординированных требований. Было отмечено, что подобные проблемы могут носить весьма сложный характер и что, поскольку в национальных законах используются различные решения, их сколь-

либо подробное рассмотрение в проекте руководства вызовет трудности. В качестве общего принципа было выражено согласие с тем, что в рамках производства по делу о несостоятельности необходимо обеспечить уважение соглашений о субординации при условии, что стороны не договариваются о приоритете, более высоком чем тот, который на иных основаниях предоставлялся бы применимым правом, и что действующий в случае несостоятельности общий принцип признания приоритетов, возникших до открытия производства, будет охватывать и приоритеты, основывающиеся на соглашениях о субординации. В порядке разъяснения было высказано мнение о том, что действие рекомендации 174 проекта руководства следует ограничить вопросами субординации требований по решению суда и что аспекты договорной субординации затрагивать не следует. Было также высказано мнение о том, что в проекте руководства следует упомянуть и о третьем виде субординации – субординации по закону.

F. Режим договоренностей о правовом титуле

21. Рабочие группы отметили, что Рабочая группа VI не пришла к окончательному согласию по вопросу о классификации договоренностей об удержании правового титула, но что для целей проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам передача правового титула с целью обеспечения будет рассматриваться в качестве обеспечительного механизма. В ответ на предложение оставить этот вопрос открытым в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности было выражено широкое согласие с мнением о том, что вопрос о классификации не должен регулироваться законодательством о несостоятельности. В то же время в законодательстве о несостоятельности следует регламентировать режим различных видов договоренностей в рамках производства по делу о несостоятельности с тем, чтобы имелась возможность определить – каким бы образом соответствующий механизм ни классифицировался – режим договоренности об удержании правового титула. Было отмечено, что в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности в его нынешней редакции этот режим четким и сжатым образом не указывается, а рассматриваются вопросы образования имущественной массы, применения моратория, возможности включения в план реорганизации тех или иных видов договоренностей, требования к продолжению исполнения договоров и т.д., как об этом говорится в документе A/CN.9/WG.V/WP.71. Было также отмечено, что положения о применимом праве, которые содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.72, имеют отношение к любому обсуждению режима договоренностей о правовом титуле при несостоятельности, поскольку право, применимое к коллизии приоритетов с участием обеспеченного кредитора, не может отличаться от закона, применимого к коллизии приоритетов с участием продавца, удерживающего правовой титул.

22. В порядке разъяснения, в дополнение к материалам, приведенным в разделах 36–39 документа A/CN.9/WG.V/WP.71, было обращено внимание на пункт 156 проекта руководства и определение имущественной массы в делах о несостоятельности. Одно из предложений состояло в том, что в целях обеспечения определенности в это определение можно было бы, по всей вероятности, включить конкретную ссылку на договоренности об удержании правового титула, однако после обсуждения было достигнуто согласие о том, что необходимости в такой ссылке не имеется. Было отмечено, что терминология, используемая в руководстве по несостоятельности, и в частности термин "активы", толкуется, возможно, более широко, чем это общепринято, поскольку охватываются также имущественные права и интересы, и этот момент требовалось бы подчеркнуть в проекте руководства.

I. Доклад о работе 5-го Коллоквиума ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ по вопросам трансграничной несостоятельности для представителей судебных органов, 2003 год

(A/CN.9/554) [Подлинный текст на английском языке]

1. В настоящей записке содержится доклад о ходе обсуждений и выводах, сделанных на 5-м Многонациональном коллоквиуме по вопросам трансграничной несостоятельности для представителей судебных органов, организованном 21–23 сентября 2003 года в Лас–Вегасе, Соединенные Штаты Америки, Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и Международной федерацией ИНСОЛ[1].

2. В работе Коллоквиума приняли участие 32 судьи и правительственные должностные лица из 27 государств, представляющих широкий спектр практического опыта и перспектив с точки зрения различных правовых систем. Участники Коллоквиума заслушали доклад о ходе работы по принятию Типового закона и о текущей международной деятельности по вопросам законодательства о несостоятельности, включая подготовку проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, разработку принципов и рекомендаций Всемирного банка и работу Глобального форума судей Всемирного банка по проблемам несостоятельности и принудительному исполнению коммерческих сделок, а также обсудили вопросы, касающиеся роли суда в реорганизационном производстве, укрепления потенциала судебных органов и правил Европейского совета о производстве по делам о несостоятельности.

Выводы

3. Участники выразили надежду, что деятельность, проводимая в настоящее время международными организациями в области реформы законодательства о несостоятельности, будет способствовать совершенствованию в будущем законодательства и институциональных рамок по вопросам несостоятельности, а также более широкому принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ. Участники согласились также с тем, что следует содействовать расширению и углублению понимания проблем, связанных с вопросами несостоятельности, в частности проблем, которые имеют международные последствия, а также различных прогрессивных методов, которые разрабатываются в настоящее время для их эффективного и действенного решения, не только с точки зрения подготовки судей, адвокатов и работников судебных органов, но также и в целях усиления координации и сотрудничества между судами, судьями и другими сторонами производства по делу о несостоятельности. Участники признали ценность продолжения диалога по этим вопросам и важную роль, которую призван сыграть Коллоквиум в содействии обмену мнениями и опытом. Было высказано мнение о том, что различные международные организации, занимающиеся реформой законодательства о несостоятельности, включая ЮНСИТРАЛ, могли бы оказать содействие этому процессу за счет предоставления соответствующей информации и публикаций, желательно через Интернет. Следует отметить, что

[1] С полным отчетом о заседании по оценке результатов Коллоквиума для представителей судебных органов можно ознакомиться на веб–сайте ЮНСИТРАЛ по адресу www.uncitral.org в разделе News and meetings/papers and programs from previous colloquia held in conjunction with the work of UNCITRAL/Insolvency/ UNCITRAL/INSOL Fifth Multinational Judicial Colloquium, 2003.

6-й Коллоквиум ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ для представителей судебных органов планируется организовать в Сиднее, Австралия, в марте 2005 года.

Доклады о ходе работы

4. Участники Коллоквиума заслушали доклад о ходе принятия Типового закона, в том числе теми странами, которые уже приняли соответствующее законодательство, а также странами, которые активно рассматривают возможность его принятия. Было указано, что вопрос о взаимности по-прежнему имеет особое значение для некоторых стран, и были обсуждены преимущества и недостатки включения такого положения в законодательство о принятии Типового закона. Было указано, что в некоторых странах существенное влияние на решение этого вопроса оказывают местные правовые традиции. В то же время было выражено согласие с тем, что требование продемонстрировать взаимность может затруднить оперативное и беспрепятственное сотрудничество между судами, представляющими различные правовые системы, и таким образом, и в принципе подобное требование может противоречить ключевой цели Типового закона.

5. Участники Коллоквиума заслушали также доклад о ходе работы ЮНСИТРАЛ по проекту руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности и о ходе подготовки принципов и рекомендаций Всемирного банка по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредиторов. Было указано, что в июле 2003 года Комиссия утвердила в принципе основные положения проекта руководства, и ожидается, что в июне 2004 года руководство будет утверждено окончательно. Участники были информированы о том, что в настоящее время проводится обзор принципов и рекомендаций Всемирного банка, с тем чтобы включить разъяснения и дополнения на основе выводов и опыта осуществления экспериментальной программы оценки Всемирного банка и на основе дополнительных консультаций с международным сообществом. Было указано также, что Всемирный банк и ЮНСИТРАЛ осуществляют тесное сотрудничество в целях обеспечения соответствия на принципиальном уровне.

6. В заключение был сделан доклад о результатах Глобального форума судей по проблемам несостоятельности и принудительному исполнению коммерческих сделок, который проходил в мае 2003 года в университете Пепердин (Малибу, Калифорния) и спонсором которого выступал Всемирный банк. Цель Форума заключается в обсуждении вопроса о применении международных стандартов и эффективной практики в отношении принудительного исполнения коммерческих сделок и вопросов несостоятельности, а также в оказании помощи Всемирному банку в сборе соответствующей информации для разработки стратегий, направленных на укрепление институционального потенциала в течение предстоящего десятилетия. В работе Форума принимали участие более 100 судей из 65 стран.

Роль суда в реорганизационном производстве

7. Судьи из различных стран приняли участие в групповых обсуждениях по проблеме различных функций, которые суды могут выполнять в рамках реорганизационного производства. В ходе обсуждения было установлено, что задачи, которые могут стоять перед судами, обладающими юрисдикцией в отношении реорганизационного производства, различаются в зависимости от того принципиального выбора, который был сделан законодательными органами соответствующего государства. Такой принципиальный выбор влияет на степень специализированных знаний, которыми должны обладать судьи, работающие в таких судах, и, как показывает сопоставление, степень надзора, который они обязаны осуществлять, существенно различается. В некоторых правовых

системах судьи обязаны выносить решения по коммерческим перспективам на основе заключений экспертов, представляемых суду, и определять, например, соответствуют ли форма и содержание плана реорганизации определенным статутным критериям, в том числе определять, является ли план реальным как с экономической, так и с коммерческой точки зрения. В других правовых системах этот вопрос решается по усмотрению управляющего, которому предлагается осуществить такой план, или по усмотрению кредиторов, а судьи обязаны выполнять надзорные функции, проверяя соответствие формы реорганизационного производства и процесса ратификации плана кредиторами.

8. Участники согласились с тем, что способность суда решать вопросы, связанные с коммерческими аспектами, в значительной степени зависит от наличия специальных судей и специализированной коллегии адвокатов, которая оказывает содействие таким судьям. Было указано, что во многих странах, в частности в более мелких и развивающихся странах, соответствующая инфраструктура может отсутствовать. Такие страны зачастую не обладают соответствующими финансовыми ресурсами и фактически не имеют специалистов, которые могут работать таким образом, поэтому необходимо использовать другие подходы. Признавалось также, что потребность в специалистах иной квалификации порождает иные потребности в области подготовки кадров. Чем больше потребность в оценке вопросов коммерческого характера, тем в большей степени судьям необходимо понимать экономические аспекты обеспечения устойчивости коммерческих предприятий. Прогнозирование вероятной экономической обоснованности плана полностью отличается от традиционных судебных функций, связанных с определением того, попадало ли действие, предпринятое каким-либо конкретным лицом в прошлом, в число вариантов, которые являются разумно допустимыми в соответствии с общим стандартом.

Содействие укреплению потенциала судебных органов

9. Было указано, что способность рассматривать трансграничные дела и осуществлять в связи с этим сотрудничество предполагает, что судьи должны выполнять "дополнительную" функцию по сравнению с теми функциями, которые они обычно обязаны выполнять в рамках чисто внутреннего дела о несостоятельности, а именно они должны исходить из понимания того, что производство в рамках их собственной правовой системы осуществляется с учетом и в максимально возможной степени на основе согласования с производством в иностранной правовой системе. Как отмечалось в отношении функции суда в реорганизационном производстве, процессуальные и материально–правовые нормы одной правовой системы вполне могут отражать принципиальные соображения, которые отличаются от принципиальных соображений, на которых основан режим несостоятельности в другой правовой системе. Было признано, что для обеспечения бесперебойного рассмотрения трансграничных дел судьям во все большей степени необходимо будет знакомиться с культурными традициями, экономическими условиями и историческими особенностями других правовых систем, а также приобретать соответствующую квалификацию различными способами и на постоянной основе.

10. Участники определили ряд методов, при помощи которых можно было бы приобретать такую квалификацию, включая программы первоначальной профессиональной ориентации и постоянные программы повышения квалификации; менее официальные, однако проводимые на более регулярной основе обсуждения и информационные совещания с участием судей, которые будут заниматься делами о несостоятельности; доклады по вопросам судебной практики, основанные на опыте ведения предыдущих дел; беспрепятственный доступ к "соответствующей юридической литературе" по данному вопросу; а

также организуемые на взаимной основе ознакомительные поездки для работников судебных органов, которые могут оказаться особенно полезными, если соответствующие правовые системы применяют по существу аналогичный подход.

11. В отношении предоставления информации и соответствующих публикаций было высказано мнение о том, что весьма полезную роль мог бы выполнять веб–сайт ЮНСИТРАЛ, на котором можно было бы размещать прямые и косвенные комментарии по соответствующим темам, а также сделать ссылки на другие веб–сайты, например ИНСОЛ, Всемирного банка, Международной ассоциации адвокатов (Комитет J), Международного института по вопросам несостоятельности и других организаций. Было признано, что каждая из этих организаций стремится обеспечить определенные элементы эффективного и действенного режима несостоятельности на внутренней и международной основе.

12. Общую поддержку среди участников получило мнение о том, что наилучшим методом подготовки является такой метод, который с готовностью принимается и фактически требуется тем, кто нуждается в подготовке, на основе полного понимания соответствующих вопросов. В целях содействия разработке и осуществлению надлежащих программ подготовки было указано на возможность проведения обзора судебных систем для определения потребностей в области подготовки кадров и наиболее желательных методов осуществления программ, а также на необходимость предоставления информации о том, насколько судьи в других правовых системах сочли такую подготовку полезной. Для рассмотрения трансграничных дел на своевременной и скоординированной основе особое значение, помимо улучшения подготовки работников судебных органов, имеет повышение квалификации членов коллегии адвокатов по делам о несостоятельности и специалистов–практиков по делам о несостоятельности.

13. Участники обсудили также средства обеспечения координации и сотрудничества при рассмотрении трансграничных дел, и ряд судей рассказали о соответствующих делах и полученных результатах. Было указано, что, хотя суды традиционно сотрудничают друг с другом и между судьями в различных правовых системах всегда поддерживалась определенная связь, те методы, при помощи которых это обеспечивалось в прошлом, уже более не являются соответствующими с учетом характера рассматриваемых дел и требований в отношении оперативности решения соответствующих вопросов. Отмечалось, что в некоторых правовых системах, вследствие процессов экономической интеграции и сходства таких правовых систем, в течение последнего десятилетия накоплен значительный опыт рассмотрения трансграничных дел на основе поддержания контактов между судебными органами. Поэтому в таких правовых системах разработаны процедуры решения различных вопросов и по мере накопления опыта такие процедуры, по всей вероятности, станут "общепринятыми". К числу стран, применяющих такие процедуры, относятся, в частности, Бермуда, Израиль, Каймановы Острова, Канада, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты Америки и Швейцария. Одна из областей, на которой были сосредоточены обсуждения, касалась методов, при помощи которых может быть организовано сотрудничество между судебными органами и могут решаться соответствующие правовые и этические вопросы, например вопросы, касающиеся прав сторон получать информацию о контактах между судьями или участвовать в таких контактах, необходимости согласия на такие контакты и прав сторон в случае возникновения разногласий. Было высказано мнение о том, что одним из выводов, который можно сделать в результате обсуждений, является наличие необходимости рассмотреть вопрос о том, может ли информированный наблюдатель сделать заключение о том, что применяемая процедура является разумной и полезной с учетом всех обстоятельств дела, а также не ущемляет каких-либо законных интересов той или иной стороны.

14. В то же время ряд судей отметили, что существуют значительные препятствия для применения таких процедур в системах гражданского права. Проблема по существу состоит в том, что подобные прямые контакты не допускаются и вместо этого по-прежнему необходимо использовать такие неэффективные методы, как направление судебных поручений. Ряд судей согласились с тем, что это является одним из наиболее существенных доводов в пользу принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы разрешить и облегчить прямое сотрудничество и прямые контакты между судами. Другие судьи указали на проблемы, возникающие вследствие судебных процессуальных норм, которые могут препятствовать прямым контактам и сотрудничеству между судьями. Широкую поддержку получило мнение о том, что диалог по этим вопросам необходимо продолжить.

J. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: подборка замечаний международных организаций

(A/CN.9/558 и Add.1) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

I. Введение . . . . .

II. Подборка замечаний . . . . .

Международные организации . . . . .

Европейская комиссия – Генеральный директорат юстиции и внутренних дел . . . . .

Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) . . . . .

Международная организация труда (МОТ) . . . . .

Юридический департамент Международного валютного фонда (МВФ). . . . . .

_____

I. Введение

1. В рамках подготовки к тридцать седьмой сессии Комиссии всем правительствам и заинтересованным международным организациям для представления замечаний был разослан текст проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, как он был утвержден в принципе Комиссией на ее тридцать шестой сессии в 2003 году и Рабочей группой в сентябре 2003 года. Ниже воспроизводятся полученные к 26 марта 2004 года замечания, которые непосредственно касаются содержания проекта руководства.

II. Подборка замечаний

Международные организации

Европейская комиссия

Генеральный директорат юстиции и внутренних дел

[Подлинный текст на английском языке]

Во-первых, в проекте руководства говорится, что оно будет использоваться в качестве справочного документа при подготовке законов, но что, однако, в нем не предлагается единого набора решений. Вместо этого в рекомендациях, которые приводятся в конце каждого раздела, предпринимаются определенные попытки достичь сбалансированности между различными целями законодательства в области несостоятельности: например, между такими аспектами, как универсальное и территориальное производство, ликвидация и реорганизация, режимы, благоприятные для кредиторов и должников, обеспеченные и обыкновенные требования. Как результат, использование подобного подхода свидетельствует, как представляется, против какой-либо

необходимости в унификации, например, с помощью обязывающего международного документа. В тех случаях, когда в рекомендациях рассматриваются конкретные материально–правовые вопросы законодательства о несостоятельности, подобные законодательные руководящие положения будут, вполне возможно, представлять собой прагматическое решение с учетом трудности отыскания общего подхода по аспектам, которые по-разному регулируются в национальных правовых системах. В то же время, когда в отношении трансграничных дел о несостоятельности могут применяться юрисдикционные и коллизионные нормы, имеется необходимость в обеспечении их соответствия в различных странах.

В силу этого в проект руководства включены ссылки на действующие документы в области частного международного права, такие как Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Правила ЕС № 1346/200 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности. В частности, в проекте руководства также упоминаются определения центра основных интересов должника и предприятия для целей открытия производства. В то же время отмечается определенное несоответствие между пунктом 99 – "особенно в случае, если стороны являются иностранцами, в законодательстве следует четко указать, какие суды обладают юрисдикцией для выполнения тех или иных конкретных функций" – и сноской 8 – "Настоящая рекомендация предназначена для указания минимальных и неисчерпывающих оснований для открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах используются другие основания, например наличие активов". Мы не видим особого смысла в продолжении использования критерия активов. Мы не хотим сказать, что для этого не может быть оснований, – однако, если таковые имеются, их следует указать в рекомендации. Если таких оснований не имеется или если они являются недостаточно аргументированными – см. пункт 98, в котором говорится, что "применение критерия наличия активов может породить проблему множественной юрисдикции, включая возможность открытия нескольких производств и проблему координации и сотрудничества," – то становится неясным, какой порядок рекомендуется.

Во-вторых, в связи с рекомендацией 18 на странице 82, пунктом 583 на странице 267 и рекомендацией 158 на странице 278, касающимися формальных процедур для представления иностранных требований, было бы целесообразно упомянуть о конкретных положениях статей 40–42 Правил ЕС № 1346/2000, касающихся оповещения кредиторов.

На странице 85 в пункте 161, который начинается со слов "в законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что обеспечительное право не затрагивается производством по делу о несостоятельности и что обеспеченные кредиторы могут предпринимать действия для реализации своих юридических и договорных прав", следовало бы дополнительно указать, что подобный принцип в трансграничном контексте предусматривается статьей 5 Правил ЕС № 1346/2000.

На странице 87 в пункте 166 было бы полезно сделать ссылку на примененное в Правилах решение, которое исходит из принципа универсального характера производства при сохранении возможности открытия вспомогательного производства, последствия которого ограничиваются территорией соответствующего государства–участника. Предусматривается автоматическое признание иностранных решений и устанавливаются специальные правила для координации работы лиц, осуществляющих ликвидацию.

В пунктах 324 и 325, а также в рекомендации 74 "Обеспечительные интересы" на странице 165 было бы полезно сослаться на статью 8 Гаагской

конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг, принятой 13 декабря 2002 года.

Что касается рассмотрения вопроса о приоритетных требованиях, то в пункте 632 на странице 285 указывается, что этот вопрос может иметь особое значение в транснациональных делах. Помимо ссылки на Типовой закон ЮНСИТРАЛ можно вкратце описать сбалансированный подход, который используется Европейским союзом в статье 4.2(i) Правил № 1346/2000 (определение очередности требований на основании законодательства государства, в котором открывается производство (основное или вспомогательное)).

Что касается важнейшего вопроса о несостоятельности корпоративных групп, то в разделе C на страницах 290–293 предпочтение отдается расширительному подходу к несостоятельности, охватывающему группы компаний, при том, что внимание обращается на недостатки такого подхода. В Европейском союзе используется как подход "групп компаний" (основывающийся на экономическом критерии), так и подход "регистрации" (основывающийся на правовой системе головной конторы). В общем и целом в новых Правилах не предусматривается "консолидированного" режима групп компаний. В то же время имеются некоторые противоречивые прецеденты решений национальных судов, которые свидетельствуют о трудности применения общего критерия на практике.

Европейский банк реконструкции и разви тия[1]

[Подлинный текст на английском языке]

Общие замечания

Представляя изложенные ниже замечания, ЕБРР отмечает важность вопросов несостоятельности для переходных экономик стран Восточной Европы и Центральной Азии, а также что в качестве части своей работы, осуществляемой в этой области, ЕБРР в этом году проведет свой Новый юридический индикационный обзор (НЮИО) в области несостоятельности. НЮИО будет связан с оценкой практической эффективности законодательных режимов несостоятельности в странах, охватываемых деятельностью ЕБРР, с целью оказания им помощи в определении основных сильных и слабых сторон законодательных режимов несостоятельности в этих государствах. ЕБРР также отмечает взаимодополняющий характер работы ЕБРР и ЮНСИТРАЛ, при том, что в центре внимания Банка стоят экономические выгоды, которые могут быть получены от введения в действие эффективных, экономичных и прозрачных законодательных режимов несостоятельности. На основе проведенного изучения проекта руководства ЕБРР высказал мнение, что проект способствует достижению этих целей и содержит четкие программные рекомендации, которые способны принести пользу странам с развитой или развивающейся экономикой, относящимся к системе как гражданского, так и общего права.

Конкретные замечания

В пункте 126 отмечается отсутствие единого мнения в вопросе о том, может ли реорганизационное производство возбуждаться по инициативе как кредитора, так и должника. По нашему мнению, способность кредитора обратиться за открытием такого производства имеет важнейшее значение. Это объясняется не только тем, что администрация фирмы–должника может уйти в отставку, но также и тем очевидным желанием осуществить определенный

[1] В представленных замечаниях отмечается, что они не рассматривались администрацией ЕБРР.

контроль над процедурами несостоятельности, которое, по всей вероятности, будут испытывать кредиторы. Как это указывается в проекте руководства, согласно законодательству большинства стран кредиторам предоставляется возможность ходатайствовать об открытии ликвидационного производства. Если кредиторам также предоставляется возможность ходатайствовать и о возбуждении процедур реструктуризации или, другими словами, если они способны осуществить реструктуризацию при сохранении "управления" процессом, то, по нашему мнению, кредиторы, по всей вероятности, с большей готовностью поддержат реорганизацию. Это особенно верно для тех режимов, при которых сторона, обращающаяся за открытием производства, с наибольшей вероятностью будет иметь право выбрать управляющего в деле о несостоятельности. Вероятность поддержки кредиторами реорганизации возрастает, если они способны обеспечить присутствие у руля "своего" управляющего в деле о несостоятельности.

В пункте 142 говорится об уведомлении, которое должно осуществляться по подаче заявления об открытии производства. В руководстве высказывается мнение о том, что, при определенных обстоятельствах, от должника может не требоваться направления кредиторам уведомления о подаче заявления об открытии производства. Хотя могут возникнуть обстоятельства, при которых такой порядок будет уместным, этот подход необходимо сбалансировать с той обеспокоенностью, которая возникает в связи с некоторыми режимами несостоятельности, позволяющими ставить вопрос о затратах на работу управляющего в деле о несостоятельности впереди вопроса об интересах обеспеченных кредиторов. Мы считаем, что в тех случаях, когда подобные положения содержатся в законодательстве, у обеспеченных кредиторов должно иметься право на получение уведомления о подаче заявления об открытии производства и что, если такое уведомление не предоставляется, затраты на привлечение управляющего в деле о несостоятельности не могут считаться приоритетными по отношению к интересам таких кредиторов. Если положения об уведомлении не подходят для того или иного конкретного правового режима, то мы предлагаем включить положение, требующее, чтобы постановления судов об открытии производства по делу о несостоятельности направлялись всем обеспеченным кредиторам управляющим в деле о несостоятельности в течение разумного срока, а также предлагаем, чтобы всем таким обеспеченным кредиторам прямо разрешалось ходатайствовать об изменении тех положений таких постановлений, которые относятся к затратам.

Пункт 143 касается вопроса об уведомлениях, которые должны направляться кредиторами должнику в случае открытия производства, однако в нем ничего не говорится о том, какое уведомление, если таковое вообще требуется, должно быть направлено кредиторами другим кредиторам. Не совсем ясно, является ли это умолчание намеренным. По причинам, разъясненным в предыдущем пункте, и если только соблюдение такого порядка становится нецелесообразным в результате исключительных связанных со временем обстоятельств, уведомление должно направляться всем известным обеспеченным кредиторам другими кредиторами, которые ходатайствуют об открытии производства по делу о несостоятельности.

В пункте 324 высказывается мнение о том, что заключенная кредиторами сделка под обеспечение, которое предоставляется не в обмен на "вновь выделяемые заемные средства", может подлежать расторжению согласно законодательству о несостоятельности. Презумпция состоит в том, что в тех случаях, когда выделяются "новые средства", сделка не будет подлежать расторжению. Мы предлагаем Рабочей группе более подробно обсудить этот вопрос с тем, чтобы четко указать, что соответствующую сделку может защищать не только факт предоставления "новых средств", но и, скорее, предоставление любого нового удовлетворения согласно нормам

соответствующей правовой системы. Это различие имеет важное значение в контексте, например, использования механизмов, позволяющих кредитору не начинать преследование неисправного заемщика в обмен на обещание исправить ситуацию. Когда кредитор соглашается отказаться от принудительной реализации своих прав по соответствующему кредитному соглашению, такой отказ согласно многим правовым системам будет считаться действительным удовлетворением и должен, таким образом, защищать любое новое обеспечение, предоставленное в обмен на такой отказ. Как результат этого, хотя кредитор может и не выделять новых наличных средств, за новое обеспечение будет предоставлено действительное удовлетворение.

В пункте 402 высказывается мнение о том, что в законодательстве о несостоятельности следует оговорить степень взаимосвязи между должником и управляющим в деле о несостоятельности, которая может вызывать коллизию интересов. Мы совершенно и полностью поддерживаем эту позицию, поскольку подобные положения способствуют усилению прозрачности процедур несостоятельности. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности намного более настоятельных рекомендаций и рекомендовать прямой запрет для случаев некоторых видов связей. Например, когда управляющий в деле о несостоятельности (часто являющийся профессиональным бухгалтером) в прошлом проводил аудит фирмы–должника, его назначение на должность управляющего в деле о несостоятельности может быть некорректным. Такие непосредственные связи могут потенциально вызывать многочисленные коллизии, как это, например, имело место в известном случае с фирмой "Энрон", когда предыдущие отношения этой компании с ее аудитором на практике ускорили наступление несостоятельности должника. В подобной ситуации независимый управляющий в деле о несостоятельности может нести ответственность за возбуждение преследования против виновных лиц от имени кредиторов и, совершенно очевидно, возникнет коллизия интересов в том случае, если в число виновных сторон войдет его собственная компания.

Международная организация труда (МОТ)

[Подлинный текст на английском языке]

Международное бюро труда с интересом следит за работой Рабочей группы V ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности и хотело бы представить следующие замечания по документам A/CN.9/WG.V/WP.70 (часть I) и A/CN.9/WG.V/WP.70 (часть II) с целью содействия окончательной доработке и принятию руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности.

Что касается ключевых целей эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, как они перечислены в первой части руководства для законодательных органов, МОТ не может согласиться с формулировкой ключевой цели 8 в пункте 21 (стр. 16) проекта текста, которая гласит, что "в максимально возможной степени такие приоритеты должны основываться на коммерческих сделках и не отражать социальные и политические интересы, которые сопряжены с вероятностью искажения итогов несостоятельности", причем, соответственно, высказывается мнение о том, что "следует избегать предоставления приоритета требованиям, которые не основываются на коммерческих сделках". По мнению МОТ, подобное изложение цели установления четких правил для определения очередности приоритетных требований мотивировано идеологически. Наблюдается явный уклон в защиту установления приоритета сторон, предоставляющих денежные ссуды, или институциональных кредиторов, что в первую очередь наносит ущерб рабочим и

служащим, труд которых в то же время жизненно необходим для кредитоспособности любого предприятия.

Кредиторы денежных средств взимают проценты по ссудам, которые они предоставляют должникам, причем эти проценты включают и покрытие фактора риска. Риск невозврата ссуды представляет собой обычный коммерческий риск для сторон, кредитующих денежные средства. Так, кредиторы денежных средств взимают различные процентные ставки в зависимости от различного уровня риска, который представляет для них каждый соответствующий клиент. Если, несмотря на такой риск, они соглашаются на соответствующую коммерческую операцию, от них должно ожидаться также и принятие на себя убытков в случае неплатежеспособности клиента. В отличие от этого базовый принцип трудового законодательства состоит в том, что на трудящихся не должна возлагаться доля коммерческого риска нанимателя. Использованный в проекте руководства для законодательных органов подход позволяет сделать простой вывод о том, что коммерческий риск кредиторов, ссужающих денежные средства, и их контрагентов перекладывается на плечи трудящихся. Несмотря на то мнение, которого, возможно, придерживаются разработчики руководства, факт состоит в том, что большинство стран мира приняли решение о признании привилегий за требованиями трудящихся в случае неплатежеспособности их нанимателя. Поскольку в настоящее время участниками Конвенции МОТ об охране заработной платы 1949 года (№ 95), статья 11 которой требует от участников предоставления трудящимся режима привилегированных кредиторов в случае судебной ликвидации или банкротства, являются в настоящее время 95 стран, МОТ считает, что эти страны могут согласиться с предложенным ЮНСИТРАЛ подходом только в том случае, если они откажутся от связывающих их международных обязательств.

Относительно второй части руководства для законодательных органов, которая касается ключевых положений эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, МОТ возражает против занятой в пункте 629 позиции, заключающейся в том, что "в основе некоторых приоритетов лежат социальные задачи, которые могли бы быть решены более продуктивно в рамках другого законодательства, такого как законодательство о социальном обеспечении, а не путем разработки законодательства о несостоятельности, ориентированного на достижение социальных целей, которые лишь косвенно связаны с вопросами задолженности и несостоятельности", поскольку "установление в законодательстве о несостоятельности того или иного приоритета может в лучшем случае обеспечить неполное и неадекватное решение социальных проблем, снижая при этом эффективность самого процесса по делу о несостоятельности". Опасность состоит в том, что в интересах содействия сохранению жизнеспособности неплатежеспособных предприятий и облегчения процедур несостоятельности для обеспеченных кредиторов и действующих в этой области профессионалов в руководстве не только практически не уделяется внимания социальным параметрам несостоятельности и ликвидации, но и прямо высказывается мнение о том, что любые соображения, связанные с социальной защитой трудящихся в случае неплатежеспособности нанимателя, должны быть оставлены за пределами сферы действия законодательства в области несостоятельности. МОТ испытывает серьезные сомнения относительно обоснованности отраженной в проекте руководства точки зрения, состоящей в том, что в законодательстве о несостоятельности не следует предпринимать попыток учесть социальные соображения. Руководство в его нынешней редакции создает вызывающее обеспокоенность впечатление о том, будто бы реальное намерение состоит в демонтаже системы привилегированной защиты требований трудящихся, несмотря на ее практически универсальное применение, с тем чтобы лучше защитить интересы институциональных кредиторов. Это впечатление

подкрепляется еще и тем, что в руководстве, как представляется, не предлагается каких-либо эффективных и простых альтернатив для этой системы привилегий, поскольку гарантирующие заработную плату механизмы, которые вкратце упоминаются в руководстве, несомненно представляют собой "механизмы для богатых стран" и их весьма трудно создать и применять в странах развивающегося мира.

Кроме того, МОТ считает что в пунктах 633 и 634 (стр. 286) плохо отражена международная практика государств, в которой почти повсеместно признается необходимость предоставления специальной защиты требованиям лиц, работающих по найму, и подобным требованиям предоставляется более высокая приоритетная очередь по сравнению с большинством других привилегированных требований. Показательным является то, что в проекте текста не упоминаются те правовые системы, в которых за требованиями трудящихся признается "суперпривилегированная" очередь выше всех других требований, включая обеспеченные требования (в этой связи определение термина "суперприоритет" во вводной части руководства является неверным и должно быть переформулировано). МОТ имела возможность представить альтернативные формулировки этих двух пунктов, в которых более правдиво описывается состояние законодательства и практики в большинстве стран, однако ни одна из предложенных формулировок не была, как представляется, сохранена. МОТ хотела бы вновь сослаться на Генеральный обзор применения Конвенции об охране заработной платы от 1949 года (№ 95), который был проведен в 2003 году Комитетом экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций и в пунктах 298–353 которого содержится подробный анализ национального законодательства по вопросам защиты требований трудящихся, связанных с их работой. [Препровождается экземпляр с комментариями.]

Кроме того, рекомендация 174 (стр. 290) в ее нынешней редакции предполагает, как представляется, что требования трудящихся должны быть сгруппированы вместе со всеми другими привилегированными требованиями в единую категорию привилегированных требований и что они могут быть удовлетворены на пропорциональной основе (и не в полном объеме) в случае нехватки активов. Эта точка зрения отражает практику в ограниченном числе стран, придерживающихся традиции общего права, однако отнюдь не является широко признанной. Так, в огромном большинстве стран требования трудящихся образуют отдельную категорию привилегированных требований, за которой признается более высокая очередность, чем за требованиями государства и системы социального обеспечения. Эта господствующая точка зрения выражена, в том числе, в статье 8 (1) Конвенции МОТ о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя от 1992 года (№ 173), согласно которой от государств–участников требуется предоставление требованиям трудящихся более высокой привилегированной очереди по отношению к большинству других привилегированных требований и, в частности, требований государства и системы социального обеспечения.

В целом МОТ считает, что работа, проводимая в настоящее время Рабочей группой V ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности, чрезвычайно тесно связана с ее собственной Повесткой дня в области создания достойных условий труда и даже в некоторых отношениях непосредственно затрагивает программные цели и приоритеты Организации. МОТ намеревается пристально следить за обсуждениями в Рабочей группе для обеспечения того, чтобы базовым концепциям и принципам существующих документов МОТ в области законодательства о банкротстве/несостоятельности не было необдуманно нанесено ущерба. Как это указал Комитет экспертов МОТ в пункте 105 (стр. 298 англ. текста) вышеупомянутого Генерального обзора, "процесс повышения эффективности законодательства о несостоятельности ни в коем случае не должен привести к социальной "нечувствительности" такого законодательства.

Определение заработной платы и других прав трудящихся в качестве преференциальной задолженности является краеугольным камнем трудового законодательства практически в каждом государстве, и Комитет будет настойчиво предостерегать против любых попыток поставить под сомнение этот принцип, если при этом не будет предлагаться его замена столь же действенным эффективным механизмом, таким как фонд гарантирования заработной платы или страховая схема, предусматривающая отдельный источник средств для обеспечения оплаты требований трудящихся".

Юридический департамент Международного валютного фонда

[Подлинный текст на английском языке]

1. Общий обзор

У Юридического департамента МВФ по-прежнему остаются некоторые замечания по ключевым аспектам проводимого в руководстве обсуждения вопросов реорганизации, а также по другим разделам руководства. В данной записке сначала рассматриваются вопросы реорганизации, а затем приводятся замечания по другим главам в том порядке, в котором они содержатся в руководстве.

2. Реорганизационное производство

Как это уже отмечалось в ранее представленных замечаниях, нашу обеспокоенность вызывают в первую очередь положения, касающиеся голосования кредиторов по планам реорганизации и утверждения этих планов. Следует подчеркнуть, что цель этих замечаний состоит не в том, чтобы изменить принципиальную направленность руководства, а, скорее, рассмотреть способы, с помощью которых руководству может быть придан более конкретный и аналитический характер в том, что касается принципиальных выборов в этой важнейшей области.

Во-первых, в комментарии и рекомендациях необходимо прямо указать, что, если план реорганизации может затронуть права обеспеченных или других приоритетных кредиторов, то эти кредиторы во всех случаях должны голосовать по отдельным от необеспеченных кредиторов категориям и отдельно друг от друга. Руководство, в его нынешней редакции, не исключает применения плана к приоритетным кредиторам, однако в нем не указывается прямо, что такие кредиторы должны во всех случаях голосовать по отдельным категориям. Поэтому руководство может быть прочтено, как допускающее механизмы, при которых обеспеченные и другие приоритетные кредиторы могут быть принуждены к голосованию вместе с необеспеченными кредиторами. Это в свою очередь может вызвать значительное размывание прав приоритетных кредиторов – а может, даже, и лишить их таких прав, – а также повлечь за собой соответствующие последствия, в том числе, для доступности, стоимости и других условий кредита в правовых системах, где будут предусматриваться такие механизмы. Для снятия этой обеспокоенности в рекомендации 130 и 133, а также в третье предложение пункта 15 комментария могут быть добавлены формулировки, касающиеся необходимости предусмотреть такой порядок, при котором обеспеченные и приоритетные кредиторы будут во всех случаях голосовать по отдельным категориям[2].

[2] Пункт 515 может быть пересмотрен следующим образом (добавления подчеркнуты): "Принятие подхода, позволяющего обеспеченным и приоритетным кредиторам голосовать как отдельной категории, обеспечивает минимальную гарантию надлежащей защиты таких кредиторов и является признанием того, что соответствующие права и интересы

Во-вторых, в руководстве необходимо разъяснить и обсудить на более систематической основе минимальные защитные меры, которые законодательство должно предоставлять в распоряжение несогласных кредиторов, на которых распространено действие плана реструктуризации (включая как меньшинство членов категории, одобрившей план, так и членов несогласной категории, которым план "навязывается"). В комментарии мимоходом упоминаются различные виды защитных мер (правило минимальной стоимости при ликвидации, правило абсолютного приоритета и т.д.), однако на систематической основе обсуждения этого вопроса не проводится и не разъясняются минимальные защитные меры, которые должны быть приняты в отношении несогласных кредиторов с тем, чтобы план был приемлемым. Напротив, проводимое обсуждение является, на наш взгляд, сжатым и отрывочным[3].

В-третьих, хотя этот вопрос и рассмотрен в комментарии должным образом, в рекомендациях, как представляется, не упоминается о подходе, предусматривающем подразделение необеспеченных кредиторов на категории для целей голосования[4]. Как об этом говорится в комментарии, подразделение необеспеченных кредиторов, несмотря на его потенциальную сложность, может в некоторых случаях являться важнейшим средством обеспечения одобрения кредиторами плана реорганизации. Соответственно, рекомендации было бы весьма полезно пересмотреть с тем, чтобы конкретно оговорить, что в законодательстве следует также предусмотреть возможность подразделения необеспеченных кредиторов на дальнейшие категории.

В-четвертых, помимо аспектов голосования и одобрения плана, как это рассматривалось выше, в связи с главой о реорганизации возникает отдельная обеспокоенность, касающаяся обсуждения (пункты 535 и 538) права суда отклонить план или отказать в его утверждении на основании отсутствия экономической "осуществимости". Один из примеров такой осуществимости, приведенный в этих пунктах (т.е. отсутствие механизмов для урегулирования вопроса об обеспеченных требованиях), является уместным, однако вопрос об осуществимости в целом является намного более широким и этот аспект может быть использован для отклонения плана во многих других, менее надлежащих обстоятельствах. С учетом сложности подобных экономических решений и того факта, что в конечном итоге наилучшими возможностями для их принятия обладают именно кредиторы, мы считаем, что в целом в законодательстве либо не следует наделять суды полномочиями отклонять одобренный кредиторами

обеспеченных и приоритетных кредиторов отличаются от соответствующих прав необеспеченных кредиторов".

[3] Например, в первом предложении пункта 508 указывается только, что "может возникнуть необходимость" в обеспечении защиты несогласных кредиторов, а в пункте 532 говорится лишь о том, что в законодательство, содержащее положения о навязывании плана, включаются, "как правило", условия, направленные на обеспечение защиты кредиторов (причем не проводится никакого обсуждения, разъясняющего вопрос о том, какие положения уместны в конкретных обстоятельствах). Аналогично, в рекомендации 134 отмечается всего лишь, что в законодательстве должен определяться "режим" несогласных категорий в тех случаях, когда утверждение всеми категориями не является необходимым; в рекомендации 137 предусматриваются широкие возможности для продолжения использования обремененных активов против желания обеспеченного кредитора без обсуждения каких-либо конкретных мер защиты; и в рекомендации 138 не разъясняется содержание "справедливого и равноправного" режима кредиторов для целей утверждения плана (не говоря уже о том, что толкование этого термина в праве Соединенных Штатов Америки известно, по всей вероятности, отнюдь не многим читателям за пределами этой страны).

[4] В нынешнем тексте (рекомендация 130) говорится лишь, что в законодательстве следует урегулировать вопрос о том, "должны ли кредиторы голосовать по категориям согласно их соответствующим правам"; эта формулировка, как представляется, не предполагает подразделение *необеспеченных* кредиторов на дальнейшие категории.

план на основании осуществимости, либо следует весьма узко определить обстоятельства, при которых такие полномочия могут быть реализованы. Соответствующие формулировки было бы целесообразно добавить не только в комментарий (например, в пункт 539), но также и в рекомендации.

Другие замечания по теме реорганизации:

- С тем чтобы избежать наделения судов неограниченной свободой усмотрения (и, в том числе, чрезмерных задержек, которые часто обусловлены такой свободой), в рекомендациях 123 и 125 следует разъяснить обстоятельства, при которых срок представления плана и исключительный срок могут быть продлены, или, по крайней мере, указать, что в законодательстве следует установить конкретные и ограниченные основания, на которых такое продление может быть разрешено;
- мы предложили бы снять квадратные скобки – и сохранить без изменений соответствующий текст – в рекомендациях 128 (b) (i), 128 (c) (v)–(vii) и 138 (e) и (f);
- ссылки на рекомендации 142 и 144 в рекомендациях 139 (a) и (b), соответственно, должны, по всей вероятности, являться ссылками на рекомендации 138 и 140;
- применительно к ускоренному реорганизационному производству заключенный в квадратные скобки текст в рекомендации 146 (b) вполне может быть исключен, поскольку подобные процедуры запроса о проведении голосования вряд ли будут хорошо разработаны на многих новых появляющихся рынках;
- неясно значение содержащегося в рекомендации 150 требования о том, что уведомление об открытии ускоренного производства должно направляться кредиторам "в индивидуальном порядке". Хотелось бы, в то же время, отметить, что упрощенные процедуры все более широко используются не только в отношении банков и других легко определимых кредиторов, но также и с целью создания возможностей для реорганизации в делах, связанных с задолженностью, принадлежащей держателям облигаций. В подобных обстоятельствах важно, чтобы упрощенное производство не требовало направления управляющим в деле о несостоятельности индивидуальных уведомлений столь широкому кругу разрозненных кредиторов, а допускало вместо этого уведомление через доверенное лицо или с помощью других механизмов, предусмотренных по условиям облигаций;
- что касается рекомендации 153, то более уместной представляется первая заключенная в квадратные скобки формулировка, поскольку она просто разрешит возврат к первоначальным правам в случае неудачи осуществления принятого в упрощенном порядке плана. Вторая заключенная в квадратные скобки формулировка, предусматривающая преобразование производства в ликвидацию после неудачи в осуществлении утвержденного принятого в упрощенном порядке плана, может ослабить готовность должников к использованию в первую очередь упрощенных процедур, что может отодвинуть этап, на котором должники займутся решением своих финансовых трудностей.

3. Глоссарий

В связи с глоссарием некоторые моменты по-прежнему вызывают у нас обеспокоенность, как об этом говорилось в предыдущих замечаниях по проекту руководства.

Ссылки на "суд" – В пункте 5 глоссария следует отразить нюанс, состоящий в том, что альтернатива участию суда может предусматриваться в том случае, если такая альтернатива допускается согласно правовой системе соответствующей страны. Суть состоит в том, что согласно многим правовым системам часто существуют конституционные ограничения в отношении той степени, в которой от обращения к судам можно полностью отказаться и заменить суды административными механизмами. Соответственно, даже в случаях использования административных ведомств у сторон в таких странах всегда сохраняется право в конечном итоге передать свой спор на урегулирование в суд.

"Защита стоимости обремененных активов" – Это определение вполне можно исключить с учетом сложности вопроса, возможности альтернативных подходов (включая защиту стоимости обеспеченного требования), которые не рассматриваются в глоссарии, и более подробного и четкого обсуждения этой проблемы в части II руководства.

"Обеспеченный долг" – Первое заключенное в квадратные скобки определение (совокупная сумма обеспеченных требований) является более уместным, чем второе (требования обеспеченных кредиторов), хотя ни одно из этих определений не является в полной мере ясным. Суть этого вопроса, как она признается в других местах руководства (и в отличие от указанного во втором определении), состоит в том, что та степень, в которой требование является обеспеченным, должна определяться стоимостью требований обеспеченных кредиторов или стоимостью предоставленного обеспечения кредита в зависимости от того, какая из них является *наименьшей*. В силу этого в глоссарии было бы полезно разъяснить, что сумма требования обеспеченного кредитора должна считаться "обеспеченным долгом" только в пределах суммы предоставленного обеспечения, поскольку любой другой подход поставит такого кредитора в более выгодное положение чем то, которое ему полагается в результате заключенной сделки.

"Обеспечительный интерес" – Первое предложение этого определения является неточным, и его следовало бы исключить. Во-первых (и это отмечается во втором предложении), обеспечительный интерес не обязательно должен предоставляться какой-либо стороной, поскольку он также может быть создан в недобровольном порядке. Во-вторых, обеспечительный интерес сам по себе не "обязывает" должника произвести платеж или исполнить обязательство; обязательство платежа/исполнения устанавливается в *основном договоре*, а обеспечительный интерес просто предоставляет кредитору определенные права в случае неисполнения со стороны должника его обязательства платежа/исполнения.

"Мораторий на процессуальные действия" – Представляется, что в дополнение к действиям, затрагивающим права, обязанности и обязательства должника, в этом определении следует также охватить *действия против должника*.

"Необеспеченный кредитор" – В этом определении, к которому также имеют отношение замечания, приведенные выше в свете с термином "обеспеченный долг", можно было бы разъяснить, что к необеспеченным кредиторам может также относиться и кредитор, обеспеченный в иных отношениях, в той мере, в которой стоимость его требования превышает стоимость предоставленного обеспечения.

4. Институциональные основы

С учетом замечаний, приведенных выше в связи с определением термина "суд", в пункте 75 следует разъяснить, что даже в том случае, если

управляющему в деле о несостоятельности или другой третьей стороне предоставляются широкие полномочия в качестве средства ограничения роли суда, согласно большинству правовых систем участие суда будет по-прежнему необходимым, *если возникают разногласия по вопросам, отнесенным к компетенции управляющего в деле о несостоятельности*. Это в свою очередь еще раз свидетельствует о необходимости укрепления потенциала судебных органов в тех правовых системах, где такой потенциал слаб. Проводимое в нынешнем тексте обсуждение может быть неверно истолковано и создать впечатление о том, что обращения к судам можно избежать (и таким образом отложить наращивание потенциала), а это является неверным.

5. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

Хотя и ясно, что этот вопрос более подробно обсуждается в других местах руководства, в данном разделе (в частности, в пункте 160) может быть уточнен тот момент, что во всех случаях, когда в имущественную массу включаются обремененные активы, должна предусматриваться надлежащая защита. Например, в первом предложении пункта 160 можно было бы указать, что если обремененные активы включаются в имущественную массу, то на них *должны* (а не просто "могут") распространяться определенные меры защиты. Аналогично, в последнем предложении этого пункта следует дополнительно отразить тот момент, что в законодательстве о несостоятельности *должна прямо обеспечиваться защита имущественных прав обеспеченных кредиторов в обремененных активах*.

В комментарии (пункт 173) должным образом отмечаются различия между правовыми системами в вопросе о том, должен ли момент образования имущественной массы определяться со ссылкой на дату открытия производства, подачи заявления или какого-либо иного события. В то же время для отражения этих альтернативных возможностей необходимо пересмотреть положения данного раздела, посвященные "целям", поскольку в нынешнем тексте говорится только об активах, подлежащих включению в имущественную массу, образованную после *открытия производства*.

6. Защита и сохранение имущественной массы

В этом разделе содержится вывод о том, что исключения из действия моратория являются уместными в тех случаях, когда это необходимо для сохранения требования к должнику (например, рекомендация 35 и пункты 182 и 184). Отнюдь не выражая несогласия по существу, мы задаем вопрос о том, не может ли быть достигнут этот же результат без обращения к сложной процедуре исключений, просто за счет определения моратория, как "аннулирующего" течение срока давности по требованиям в отношении должника. В отсутствие течения срока давности права кредиторов заявить требования к должнику на момент снятия моратория должны оставаться такими же, как и в день вступления моратория в силу. Если приостановление течения срока давности уже охватывается нынешней используемой в руководстве концепцией моратория, то возникает более общий вопрос о причинах необходимости в исключении для "сохранения требования" к должнику.

При обсуждении методов защиты стоимости обеспеченной части требования в пункте 215 было бы полезно отметить, что этот подход вызывает намного меньшие сложности, чем альтернативный подход защиты стоимости обремененных активов, особенно поскольку первый подход снимает необходимость в сложных постоянных оценках стоимости, которые предполагаются вторым подходом. Так, хотя этот подход и обсуждается в руководстве весьма кратко, он вполне может оказаться наиболее уместным для большинства новых рыночных правовых систем, в которых отсутствуют

институциональные основы, необходимые для постоянных сложных расчетов стоимости обеспечения.

Другие замечания по теме сохранения имущественной массы:

- заключенную в квадратные скобки формулировку в рекомендации 38(b) следует, по всей вероятности, исключить, поскольку эта концепция еще более усложнит процесс определения, так как она ставит дополнительные вопросы, связанные с проведением оценки;
- поскольку, помимо должника, предписание обеспечительных мер может также затронуть и другие стороны, в пункте 199 следует обсудить требования к уведомлению применительно к *заинтересованным сторонам в целом* (а не только применительно к должнику);
- представляется, что непосредственно перед обсуждением, начинающимся в пункте 188, пропущен подзаголовок ("*ii) Ликвидация*").

7. Использование активов и распоряжение ими

В пункте 237 указывается, что любые "преимущества", которые предоставляются в отношении имущественной массы в результате продолжения использования активов, должны оплачиваться из средств имущественной массы в виде расходов по управлению ею. Вместо сосредоточения внимания на узком и субъективном понятии "преимуществ" для имущественной массы, следовало бы, как представляется, рассматривать в качестве административных расходов все требования, причитающиеся третьей стороне за продолжение использования ее активов. Было бы полезно пересмотреть пункт 237 для включения этой концепции.

В последнем предложении пункта 220 формулировку "в частности" следовало бы, как представляется, заменить словом "например".

8. Режим контрактов

Проводимое в настоящее время обсуждение оговорок ipso facto сконцентрировано исключительно на оговорках о прекращении ipso facto. В руководстве было бы, возможно, также полезно рассмотреть применяемые в различных правовых системах подходы к аннулированию или признанию других видов оговорок ipso facto (например, оговорок о взимании штрафных процентов и других специальных сборов при наступлении несостоятельности или других событий, указывающих на несостоятельность).

Аналогично указанному выше в отношении использования активов и распоряжения ими, ссылку в пункте 270 на отношение как к административным расходам к "выгодам, полученным" по впоследствии расторгнутому контракту, следует пересмотреть, указав, вместо этого, что режим административных расходов будет распространяться на любые *платежи, причитающиеся* в связи с такими контрактами за период до их расторжения.

Мы полностью согласны с тем, что размер убытков, причиненных отказом от исполнения долгосрочного контракта, может ограничиваться законом (рекомендация 68). В то же время, представляется, что в комментарии этот вопрос обсуждается только в связи с краткосрочной *арендой* (пункт 285), и в силу этого его необходимо расширить в этом отношении. Если говорить в более общем плане, то, как представляется, обсуждение убытков из отказа от исполнения (пункты 281 и 282) в целом вполне могло бы быть расширено с тем, чтобы оговорить возможность установления в законодательстве ограничения убытков в соответствующих обстоятельствах (например, не только применительно к долгосрочным контрактам, но и в случаях, когда взыскание штрафных убытков или других видов сборов, связанных с неисполнением,

приведет к возникновению намного более крупного требования к должнику, чем первоначальное требование до исчисления этих сборов). Нынешнего заявления о том, что исчисление убытков может производиться в соответствии с общим применимым правом, недостаточно, поскольку представляется маловероятным, что общие нормы права будут ограничивать допустимые в иных отношениях убытки лишь для того, чтобы избежать создания преимуществ по отношению к требованиям других кредиторов в случае несостоятельности.

9. Процедура расторжения сделок

Остается неясным, почему в определении "сделок, направленных на затруднение, задержку или воспрепятствование удовлетворению требований кредиторов" (рекомендация 73 и пункт 314), включено понятие "потенциальных кредиторов", особенно с учетом того, что ключевой причиной положений о расторжении сделок является создание возможности аннулировать сделки, нарушающие принцип равного режима фактических кредиторов. Примечательным является то, что, как представляется, эта категория сделок, подлежащих расторжению, является единственной, которая определяется со ссылкой на иную группу, чем фактические кредиторы. Было бы полезно разъяснить в руководстве основания для этого специального правила (а также, по всей видимости, показать, что проблемы доказывания, как это отмечается в руководстве, будут, по всей вероятности, обострены в случае, если соответствующее определение будет касаться намерения в отношении "потенциального кредитора"). Если никаких особых оснований для формулировки, касающейся потенциальных кредиторов, не имеется, то ее следует, по всей видимости, исключить, с тем чтобы избежать неясности.

Категория сделок, на которую можно ссылаться в качестве возражения против расторжения (рекомендация 82), является, как представляется, неоправданно ограниченной, поскольку она не включает a) сделки, заключенные в результате добровольного урегулирования возникших проблем или даже упрощенных реорганизационных процедур; или b) сделки, заключенные согласно процедурам реорганизации (или упрощенной реорганизации), которые впоследствии не были преобразованы в ликвидацию[5]. Подобные сделки было бы полезно включить в число тех, которые представляют собой основание для возражения против расторжения (или же следует добавить разъяснение, почему их включение было бы неуместно).

И, наконец, мы предлагаем снять квадратные скобки в рекомендации 81 (и сохранить заключенное в них предложение).

10. Участники

С тем чтобы избежать создания впечатления о том, будто бы такие функции принадлежат всем управляющим в делах о несостоятельности, квадратные скобки в рекомендации 95 (c) могут быть сняты, а заключенная в них в настоящее время формулировка может быть пересмотрена следующим образом: "если *для таких целей* назначен управляющий в деле о несостоятельности...".

11. Режим требований кредиторов

Ключевая предпосылка данного раздела, состоящая в том, что требования, исключенные из производства по делу о несостоятельности, не могут быть

[5] В самом комментарии (пункт 329) в качестве возражения против расторжения сделки указывается на выплаты в рамках ускоренного реорганизационного производства или добровольных соглашений о реструктурировании задолженности, однако использование этого возражения по-прежнему ограничивается случаями, когда впоследствии возбуждаются ликвидационные процедуры.

взысканы юридически (см., в частности, пункт 571), не обязательно является верной. Предусматриваемый в законодательстве о несостоятельности некоторых стран порядок заключается, скорее, в том, что удовлетворение некоторых требований, которые не могут быть доказаны в рамках производства по делу о несостоятельности (например, обеспеченных требований или правительственных налоговых требований), может быть изыскано за пределами производства по делу о несостоятельности и параллельно ему. В этих обстоятельствах в обсуждении было бы весьма полезно провести разграничение между альтернативными последствиями i) погашения требований, которые исключены из производства по делу о несостоятельности, и ii) сохранения альтернативных возможностей взыскания по требованиям, которые исключены из производства по делу о несостоятельности. В силу аналогичных причин при обсуждении вопроса о неспособности представить требования должно быть прямо указано, что речь идет о последствиях непредставления требований, которые должны быть заявлены в рамках производства по делу о несостоятельности, а не о тех требованиях, которые могут или должны быть взысканы в принудительном порядке за пределами этого производства.

12. Приоритеты и распределение

Ссылка в пункте 631 на "необходимость выполнять международные обязательства" в качестве соображения, которое уместно принимать во внимание в связи с предоставлением привилегированного статуса задолженности, причитающейся с корпоративных или индивидуальных должников, вызвала у нас удивление. Было бы весьма полезно разъяснить причины этого упоминания, особенно поскольку подобная ссылка может быть в иных отношениях истолкована как относящаяся к международным обязательствам суверенных должников (и привести, таким образом, к неверному пониманию, состоящему в том, что в руководстве также содержатся рекомендации по вопросам суверенной неплатежеспособности).

13. Освобождение от обязательств

В комментарии рассматривается освобождение от обязательств юридических лиц в рамках реорганизационного производства, однако в рекомендациях этот вопрос не затрагивается. Эту важную проблему необходимо урегулировать в рекомендациях.

A/CN.9/558/Add.1

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: подборка замечаний правительств

ДОБАВЛЕНИЕ

Испания

Замечания по проекту руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, представленные Испанией

1. Введение

Правительство Испании приветствует оперативное завершение работы Комиссии по подготовке руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, просьба о разработке которого была высказана на тридцать третьей сессии Комиссии (2000 год).

Оно также выражает свое удовлетворение весьма высоким качеством данного текста. В связи с этим оно прежде всего благодарит Секретариат ЮНСИТРАЛ за его напряженную и упорную работу, а также все государства-члены и наблюдателей, международные и профессиональные организации, чьи усилия позволили достичь столь выдающегося результата.

Приведенные выше замечания справедливы ввиду существующей во многих регионах мира потребности в обновлении законодательства о несостоятельности, удовлетворить которую и призвано это в высшей степени профессионально подготовленное руководство. Действительно, если содержащиеся в руководстве рекомендации будут реализованы, уровень правовой определенности в международной торговле возрастет, в результате легко предвидеть огромное увеличение промышленных, торговых и финансовых потоков в эту область, не говоря уже о благотворном воздействии на внутреннее экономическое положение отдельных государств.

Естественное следствие этого процесса, а именно повышение уровня жизни повсюду на планете, и особенно в наиболее обездоленных регионах, – достаточно весомый довод в пользу того, чтобы приветствовать результаты работы, достигнутые Комиссией в последнее время: руководству суждено стать важным инструментом содействия развитию, так как правовая определенность, на которой базируется и принципы которой в нем утверждаются, дадут стимул к росту делового сотрудничества.

Недавно в Испании был принят Закон о несостоятельности, который подвел черту под многими десятилетиями существования неопределенного правового режима в делах о несостоятельности. Закон, основанный, как указывается в заявлении о цели его принятия, на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и содержащий основные элементы наиболее прогрессивного законодательства о несостоятельности, действующего в различных странах Европы, а в ряде случаев – и в других регионах мира, может стать новой вехой на пути совершенствования и модернизации национального законодательства в этой области.

Изучая данное руководство, мы неизбежно сравнивали его с нашим новым национальным Законом. Результат сравнения оказался в высшей степени удовлетворительным как в силу практически идентичного набора основных вопросов в двух документах, касающихся режима несостоятельности, так и характера рекомендаций.

В связи с этим наше первое замечание могло бы заключаться в следующем: предложить Секретариату ЮНСИТРАЛ подготовить приложение к руководству, содержащее ряд примеров самого современного национального законодательства, развивающего и дополняющего сформулированные в руководстве законодательные положения. Такое приложение, конечно же, должно содержать и наш новый Закон о несостоятельности.

Работа, проведенная в связи с подготовкой и принятием нашего Закона о несостоятельности, предварительное обсуждение его текста специалистами и дискуссии вокруг него в парламенте не могли не повлиять на направленность тех двух принципиальных соображений, которые мы хотели бы высказать в отношении данного руководства. Это, во-первых, вопрос о взаимоотношениях между управляющим в деле о несостоятельности и комитетом кредиторов и, во-вторых, раздел, касающийся переговоров о добровольной реструктуризации.

Прежде чем затронуть некоторые малозначительные вопросы, связанные с этими двумя темами, а также некоторые вопросы формы, связанные с текстом руководства на испанском языке, мы считаем необходимым подчеркнуть чрезвычайную актуальность данного документа как в целом, так и в частностях – от мельчайших подробностей до широты охвата темы.

2. Переговоры о добровольной реструктуризации и ускоренное реорганизационное производство

Основная трудность заключается в том, каким образом можно включить в руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности положения о таких переговорах или таком производстве. Руководство, строго говоря, не касается договорных аспектов, а скорее представляет собой некую систему координат, в рамках которых участники процесса демонстрируют готовность ограничить свою свободу действий в интересах производства.

С другой стороны, так называемые переговоры о добровольной реструктуризации, а также ускоренное реорганизационное производство (в той части, где имеется сходство определенных элементов обоих этих процессов) носят, как явствует из их названий, из описания их основополагающих элементов и относящихся к ним рекомендаций, скорее, договорный или деловой характер, что в определенном смысле не входит в традиционную сферу компетенции законодательства о несостоятельности.

Учитывая инновационный характер и эффективность системы, о которой идет речь, представляется предпочтительным выделить соответствующий раздел из основного текста документа и оформить его в виде приложения, с тем чтобы обратить внимание законодателей на целесообразность и уместность придания такой многосторонней договорной процедуре более конкретной формы в национальном законодательстве, что позволит предотвратить отрицательные последствия и избежать их при объявлении о несостоятельности.

В свете вышеприведенных замечаний и с учетом положений нашего нового Закона о несостоятельности мы решили предложить альтернативный способ включения внесудебных соглашений между должником и значительной частью его кредиторов в систему законодательных положений о несостоятельности. В испанском Законе о несостоятельности такой способ называется "предложением о предварительном соглашении". В соответствии с этой формулой в момент открытия производства по делу о несостоятельности должник может представить план выплат (а в соответствующих случаях – и план обеспечения дальнейшего функционирования предприятия) при наличии поддержки со стороны кредиторов, задолженность перед которыми превышает пятую часть совокупной объявленной задолженности должника. Еще одним доводом в пользу подхода, обеспечивающего продолжение деятельности предприятия должника, является возможность оперативного получения согласия других кредиторов и последующего вынесения благоприятного судебного решения, хотя, разумеется, должнику потребуется заручиться поддержкой своих крупнейших кредиторов.

Таким образом достигаются все положительные результаты разбирательства по делам о несостоятельности, особенно в отношении распределения долей имущественной массы должника между отдельными кредиторами и любой реорганизации деятельности должника с согласия кредиторов (или, по крайней мере, значительной их части). Это позволяет также обеспечивать прозрачность производства по делу, которая в ином случае могла бы считаться заниженной, а также должный баланс интересов всех сторон. В то же время очевидно, что если большинство кредиторов не одобрят "предложение о предварительном соглашении", производство по делу о несостоятельности должно осуществляться в обычной форме.

3. Взаимоотношения между управляющим в деле о несостоятельности и комитетом кредиторов

Управляющий в деле о несостоятельности и комитет кредиторов рассматриваются в настоящем руководстве как два отдельных органа. Однако

логика, на которой основывается такое разделение, может не сработать в случаях, когда комитет кредиторов выполняет функции, схожие с функциями управляющего в деле о несостоятельности (см. пункты 466 и 467 в конце).

Поэтому представляется предпочтительным расширить понятие "управляющий в деле о несостоятельности" таким образом, чтобы оно, как общее правило, означало орган, состоящий из нескольких лиц, а единоличный управляющий в деле о несостоятельности назначался бы в порядке исключения, в случаях, когда объем конкурсной массы сравнительно невелик.

Мы предполагаем, что в такой орган, состоящий из нескольких человек, могли бы войти представитель кредиторов (возможно, необеспеченных кредиторов) и два других независимых эксперта (по торговому праву и бизнес-администрированию). Это может облегчить координацию действий между кредиторами и обеспечить нормальное исполнение обязанностей, возложенных на управляющего в деле о несостоятельности.

С другой стороны, комитет кредиторов как орган может затруднить исполнение обязанностей, возложенных на управляющего в деле о несостоятельности, а также, возможно, и участие кредиторов в процессе принятия решений. Дальнейшее рассмотрение этих двух разделов (о собрании кредиторов и о комитете) могло бы привести к сокращению числа обязанностей, возлагаемых на комитет, и их распределению между управляющим органом в деле о несостоятельности (предлагаемым судом, особенно когда представлены кредиторы) и собранием кредиторов.

4. Прочие замечания

a) В целях удобства пользования имеющийся в документе глоссарий следовало бы оформить в виде двух колонок, в одной из которых содержался бы испанский термин, в другой – английский. Это позволило бы избежать трудностей, связанных с языковыми различиями.

b) В пунктах 19 и 20, особенно в последнем, было бы целесообразно упомянуть сектора, наиболее уязвимые в контексте рассматриваемых ситуаций и нуждающиеся в защите: банковское дело, страхование и рынок ценных бумаг. Эти три сектора можно было бы также упомянуть в пунктах 70 и 71 (как это уже сделано в пункте 91).

c) В первом абзаце раздела "Цели законодательных положений", в рекомендациях в разделе A главы II части второй ("Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности") отсутствует упоминание об имущественной массе должника, тогда как в иных аналогичных разделах, где речь идет об общем характере задач или целей законодательных положений, такое упоминание имеется.

d) В первой строке пункта 188 словосочетание "de si" следует заменить на "si".

e) В седьмой строке текста в пункте 198 использовано слово "billetes", тогда как английский термин "assets" ("активы") следует переводить как "activos" или "bienes" (нужно отметить, что перевод английских терминов в других местах не проверялся).

f) Название рекомендации 44 еще не переведено и могло бы быть передано как "venta al margen del curso ordinario de los negocios" ("продажа активов вне рамок обычных коммерческих операций").

g) В третьем предложении пункта 245 словосочетание "una segunda clase de prestamistas será aquel" ("ко второй группе относятся заимодатели, которые…"), возможно, следовало бы заменить словосочетанием "una segunda

clase de prestamistas será la de aquel", чтобы сохранить общий смысл предложения, хотя данная формулировка и представляется несколько неудачной.

h) В начале второго предложения пункта 511 утвердительное "sí" ("да") следует заменить на "si" ("если").

i) Принимая во внимание приведенное выше первое замечание по содержанию документа, было бы полезно пересмотреть понятия, используемые при описании ускоренного реорганизационного производства. Говоря более конкретно, с учетом общей тональности испанского текста документа вызывает удивление использование настоящего времени в изъявительном наклонении ("constituyen" – "представляют собой"), а не условного или простого будущего ("pueden constituir" – могут представлять собой, "constituirían" – представляли бы собой, "constituirán" – будут представлять собой и т. п.), в пункте a) раздела "Цели законодательных положений", в рекомендациях, следующих за пунктом 565.

j) Во второй строке испанского текста пункта 614 словосочетание "derechos jurídicos" следует заменить на "derechos legales" ("права, предусмотренные в законе") в противоположность договорным правам.

k) Первым словом рекомендации 173 должно быть "la" вместо "le".

K. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: редакционные поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70

(A/CN.9/559 и Add.1-3) [Подлинный текст на английском языке]

1. В настоящей записке приводятся те термины глоссария, включенного в документ A/CN.9/WG.V/WP.70, часть I, которые были рассмотрены и окончательно доработаны Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) на ее тридцатой сессии (29 марта – 2 апреля 2004 года), а также некоторые редакционные поправки к разделу "Замечания по терминологии". Термины глоссария, которые не были окончательно доработаны Рабочей группой V (например, "требование", "открытие производства", "взаимозачет", "обычные коммерческие операции", "преференция", "приоритет"), и содержащиеся в документе A/CN.9/WG.V/WP.70, часть I, термины от "лицо, связанное с должником" до "переговоры о добровольной реструктуризации" будут включены в последующий документ для рассмотрения Комиссией на ее тридцать седьмой сессии. Термины "заявление об открытии производства по делу о несостоятельности", "должник", "государственный орган" и "правила очередности" были исключены.

Введение

2. Глоссарий

A. Замечания по терминологии

2. Второе предложение пункта 5 должно быть пересмотрено следующим образом:

> "Хотя такой порядок может быть целесообразным в качестве общего принципа, можно рассмотреть и альтернативные случаи, когда, например, суды не в состоянии осуществлять работу по делам о несостоятельности (будь то по причине отсутствия ресурсов или необходимого опыта) или когда предпочтение отдается надзору со стороны какого-либо ~~административного~~ другого органа (см. часть первую, главу III, "Институциональные основы)". *[исключить второе предложение]*

3. В конце пункта 6 предлагается добавить следующий текст:

> "Орган, который поддерживает определенные функции в рамках производства по делу о несостоятельности или на который такие функции возложены, но который не выполняет функций по принятию решений в отношении такого производства, не будет считаться "судом" по смыслу использования этого термина в *Руководстве*".

4. Пункт 7 "Ссылки на "законодательство"" следует исключить, а в надлежащих местах по всему тексту *Руководства* следует включить слова "о несостоятельности", с тем чтобы избежать путаницы между ссылками на законодательство о несостоятельности и ссылками на другие законы, помимо законодательства о несостоятельности.

B. Термины и определения

5. Термины глоссария должны быть пересмотрены следующим образом:

a) Административные требования или расходы

Требования, которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, нанятым управляющим в деле о несостоятельности; расходы в связи с продолжением операций должника; долги, возникающие в связи с выполнением управляющим в деле о несостоятельности его функций и полномочий; расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных и юридических обязательств; и расходы на производство.

b) Активы должника

Имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, или в активах третьих сторон.

c) Положения о расторжении сделок

Положения законодательства о несостоятельности, позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы и возвращать любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов.

d) Обременительные активы

Активы, которые могут не иметь стоимости или иметь незначительную стоимость для имущественной массы или которые обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства или ответственности по выплате денежной суммы.

e) Поступления наличных средств

Поступления от продажи обремененных активов в той мере, в которой на такие поступления распространяется обеспечительный интерес.

f) Центр основных интересов

Место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе и которое по этой причине могут установить третьи стороны[1].

g) Комитет кредиторов

Представительный орган кредиторов, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности.

h) Освобождение от обязательств

Освобождение должника от требований, которые были или могли бы быть урегулированы в рамках производства по делу о несостоятельности.

[1] Правила ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности, декларативная часть (пункт 13).

i) Распоряжение активами

Любое средство передачи или отчуждения активов или интересов в активах, будь то полностью или частично.

j) Обремененные активы

Активы, в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес.

k) Акционер

Держатель выпущенных акций или обладатель аналогичного интереса, представляющего собой требование из собственности на часть капитала корпорации или другого предприятия.

l) Предприятие

Любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги[2].

m) Финансовый договор

Любая сделка-спот, сделка на срок, фьючерсная сделка, опционная сделка или сделка-своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любая сделка по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любая иная сделка, аналогичная любой вышеупомянутой сделке, заключенная на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок[3].

n) Несостоятельность

Ситуация, когда должник в целом не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов.

o) Имущественная масса в деле о несостоятельности

Активы должника, которые могут являться предметом производства по делу о несостоятельности.

p) Производство по делу о несостоятельности

Коллективное производство, подлежащее надзору со стороны суда, будь то в целях реорганизации или ликвидации.

q) Управляющий в деле о несостоятельности

Лицо или учреждение – включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, – которое в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией имущественной массы.

r) Ликвидация

Производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности.

---

[2] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2(f).

[3] Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5(k).

s) Lex fori concursus

Право государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности.

t) Lex rei situs

Право государства, в котором находятся активы.

u) Соглашение о взаимозачете

Форма финансового договора между двумя или более сторонами, который предусматривает одно или более из следующих действий:

i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом;

ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или

iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте (ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете[4].

v) Pari passu

Принцип, в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторам применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти кредиторы получают удовлетворение пропорционально их требованиям из активов имущественной массы, имеющейся для распределения среди кредиторов их очереди.

w) Заинтересованная сторона

Любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, акционера, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной.

x) Требования, возникающие после открытия производства

Требование, возникающее из какого-либо действия или бездействия после открытия производства по делу о несостоятельности.

y) Приоритетное требование

Требование, которое будет оплачено до платежа обыкновенным необеспеченным кредитором.

z) Защита стоимости

Меры, направленные на сохранение экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые "надлежащей защитой"). Защита

[4] Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5(1).

может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления обеспечительного интереса в альтернативных или дополнительных активах или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту.

A/CN.9/559/Add.1

Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70

ДОБАВЛЕНИЕ

1. В настоящей записке излагаются поправки и дополнения к рекомендациям, содержащимся в документах A/CN.9/WG.V/WP.70, части I и II, и A/CN.9/WG.V/WP.72, основанные на результатах обсуждений в Рабочей группе V на ее тридцатой сессии (март/апрель 2004 года) (доклад о работе сессии см. A/CN.9/551). Нумерация этих рекомендаций сохраняется без изменений; в случае изменения порядка изложения рекомендаций последовательность нумерации нарушается. Такие номера, как "40A)", указывают на то, что рекомендации были добавлены в ходе тридцатой сессии Рабочей группы V. Использование квадратных скобок указывает на то, что текст был добавлен или пересмотрен после тридцатой сессии Рабочей группы V.

2. По причинам экономии рекомендации, которые не были пересмотрены, не воспроизводятся в настоящем документе и сохраняются в том виде, в котором они содержатся в документах A/CN.9/WG.V/WP.70 (рекомендации 1–187) и A/CN.9/WG.V/WP.72 (рекомендации 179–184 по вопросам применимого права). В отношении тех частей рекомендаций, изложенных в настоящем документе, которые не были изменены, указывается "(*без изменений*)". Рекомендации, касающиеся процедуры реорганизации (A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II, глава IV), излагаются в документе A/CN.9/559/Add.3. Сноски к рекомендациям воспроизводятся в настоящем документе только в том случае, если они были изменены или исключены.

Часть первая. Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

1) Текст рекомендации 1 излагается в пункте 111 документа A/CN.9/551.

2) Текст рекомендации 2 излагается в виде рекомендации 7 в документе A/CN.9/WG.V/WP.70, часть I.

3) Текст рекомендации 3 излагается в виде рекомендации 179 в документе A/CN.9/WG.V/WP.72.

4) Текст рекомендации 4 излагается в виде рекомендации 74(a) в документе A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II, и его необходимо изменить следующим образом:

> "В законодательстве о несостоятельности следует установить, что если обеспечительный интерес имеет силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, то он будет признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности в качестве имеющего силу и подлежащего принудительной реализации.

5) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать применение современного, унифицированного и справедливого механизма для эффективного решения вопросов, возникающих в случае трансграничной несостоятельности. Рекомендуется принять Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

6) Текст рекомендации 6 излагается в виде рекомендации 2 в пункте 112 документа A/CN.9/551.

7) Текст рекомендации 7 излагается в виде рекомендации 3 в пункте 113 документа A/CN.9/551. Необходимо добавить следующие пять подпунктов:

...) идентификация активов должника, на которые будет распространяться производство по делу о несостоятельности и которые будут составлять имущественную массу;

...) права и обязательства должника;

...) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности;

...) функции кредиторов и комитета кредиторов;

...) расходы и затраты, связанные с производством по делу о несостоятельности;

а также изменить приводимые ниже подпункты следующим образом:

d) обеспечение защиты имущественной массы от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также, в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам, определение того, каким образом экономическая стоимость обеспечительного интереса может быть защищена в ходе производства по делу о несостоятельности;

j) режим в отношении требований и определение их очередности для целей распределения поступлений от ликвидации;

k) исключить;

m) освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия.

Часть вторая. Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

I. Подача заявлений и открытие производства

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция

Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности

1) Законодательство о несостоятельности должно регулировать производство по делу о несостоятельности в отношении всех должников, участвующих в экономической деятельности, будь то физические или юридические лица, включая государственные предприятия, и независимо от того, занимаются ли они экономической деятельностью с целью извлечения прибыли или нет.

B. Открытие производства

Открытие производства по заявлению кредитора

13) В законодательстве о несостоятельности в целом следует предусмотреть, что если заявление об открытии производства подается кредитором, то:

a) *(без изменений)*;

b) должнику должна быть предоставлена возможность дать ответ на заявление путем оспаривания заявления, согласия с заявлением или, если в заявлении содержится ходатайство о ликвидации, направления просьбы об открытии реорганизационного производства; и

c) *(без изменений)*.

C. Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности

Признание прав и требований, возникающих до открытия производства

179) В законодательстве о несостоятельности должны признаваться права и требования, возникающие согласно общим нормам права, будь то внутреннего или иностранного права, кроме как в той степени, в которой в законодательстве о несостоятельности прямо предусматриваются какие-либо ограничения.

II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

A. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся имущественной массы в делах о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) определить те активы, которые подлежат включению в имущественную массу, в том числе интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, а также в активах третьих сторон; и

b) *(без изменений)*.

Содержание законодательных положений

Активы, образующие имущественную массу

24) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что имущественная масса должна включать:

a) активы должника[28], в том числе его интересы в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, и в активах третьих сторон;

b)–c) *(без изменений)*.

[28] Права собственности на активы устанавливаются путем ссылки на соответствующее применимое законодательство, в котором содержится широкое определение термина "активы", которое охватывает имущество, права и интересы должника, включая права и интересы должника в активах третьих сторон.

24 A) В законодательстве о несостоятельности должна быть указана дата, с которой начинается образование имущественной массы и которая должна быть либо датой ходатайства об открытии производства, либо фактической датой открытия производства по делу о несостоятельности.

B. Защита и сохранение имущественной массы

Временные меры

27) В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по просьбе должника, кредиторов или третьих сторон, когда существует срочная необходимость в защите и сохранении стоимости активов должника или интересов кредиторов в период между подачей заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и его открытием[40], включая следующее:

a) приостановление исполнительных действий в отношении активов должника, включая действия по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон и принудительное осуществление обеспечительных интересов;

b)–c) (*без изменений*); и

d) любую иную защитную меру, применимую [или предусмотренную] при открытии производства [в соответствии с рекомендациями 34 и 36].

Уведомление

31) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что в тех случаях, когда должник или какая-либо сторона, интересы которой затрагивает временная мера, не получает уведомления о ходатайстве относительно назначения такой временной меры, должник или какая-либо иная сторона, интересы которой затрагивают временные меры, имеет право, после направления срочного ходатайства, быть своевременно[42] заслушанной по вопросу продолжения действия временных мер защиты.

Прекращение временных мер после открытия производства

33) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что действие временных мер прекращается после отклонения ходатайства об открытии производства или вступления в силу мер, применимых после открытия производства, если только суд сам не продлит действие этих временных мер.

Меры, применимые после открытия производства

34) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что после открытия производства по делу о несостоятельности:

a) (*без изменений*);

---

[40] В законодательстве о несостоятельности должно быть указано время вступления в силу постановления о введении в действие временных мер, например время вынесения постановления, имеющего обратную силу с момента, когда оно было вынесено, или с какого-либо другого четко определенного момента. (См. пункт 192)

[42] Любой предусмотренный законодательством о несостоятельности срок должен быть непродолжительным и не допускать утраты стоимости предприятия должника.

b) выполнение действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон и принудительной реализации обеспечительных интересов приостанавливаются[45];

c)–e) (без изменений).

Защита от мер, применимых после открытия производства

38) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых после открытия производства, в том числе на следующих основаниях:

a) (без изменений);

b) стоимость обремененного актива уменьшается [в результате открытия производства по делу о несостоятельности], а обеспеченный кредитор не защищен от такого уменьшения стоимости активов; и

c) (без изменений).

Защита от уменьшения стоимости обремененного актива

39) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что после обращения с ходатайством в суд обеспеченный кредитор должен иметь право на защиту стоимости активов, в которых он имеет обеспечительный интерес. Суд может предоставить соответствующую защиту, которая может предусматривать:

a)–c) (без изменений).

C. Использование активов и распоряжение ими

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся использования и реализации активов, заключаются в следующем:

a) разрешить использование и реализацию в ходе производства по делам о несостоятельности активов, в том числе обремененных, а также активов, принадлежащих третьим сторонам, и определить условия их использования и реализации;

b) установить пределы полномочий по использованию и реализации активов;

c) уведомить кредиторов, в случае необходимости, о предполагаемых вариантах использования и реализации активов;

d) предусмотреть режим обременительных активов.

---

[45] Если какое-либо законодательство, помимо законодательства о несостоятельности, допускает выполнение действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в течение определенного срока или льготного периода времени, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности признавались такие сроки и допускались действия по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов, если производство по делу о несостоятельности открывается до истечения такого льготного периода времени. Если какое-либо законодательство, помимо законодательства о несостоятельности, не предусматривает таких льготных периодов, приостановление, применимое после открытия производства, будет препятствовать выполнению действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов (более подробно см. пункты ... выше и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам).

Содержание законодательных положений

Полномочия по использованию и реализации активов, образующих имущественную массу

40) Законодательство о несостоятельности должно разрешать:

a) использование и реализацию активов, образующих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), в ходе обычных коммерческих операций, за исключением наличных поступлений; и

b) использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), вне рамок обычных коммерческих операций, но при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 41 и 43.

Дальнейшее обременение обремененных активов

40A) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов, могут подлежать дальнейшему обременению при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 50, 51 и 52.

Использование активов, принадлежащих третьим сторонам

40B) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, принадлежащие третьим сторонам и находящиеся во владении должника, если соблюдены установленные условия, включая следующее:

a) интересы третьей стороны будут защищены от сокращения стоимости активов; и

b) расходы, понесенные в соответствии с договором [о продолжении исполнения контракта] [об использовании активов], оплачиваются в качестве административных расходов.

Процедура уведомления о реализации активов

41) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что кредиторам следует направлять соответствующие уведомления о любом акте реализации активов, осуществляемом вне рамок обычных коммерческих операций[55], и что им предоставляется возможность быть заслушанными судом.

42) В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, что уведомление о проведении открытых аукционов следует делать таким образом, чтобы существовала достаточно высокая степень вероятности ознакомления с информацией заинтересованных сторон.

Способность осуществлять продажи активов, образующих имущественную массу, не обременяя их обеспечением и иными интересами

43) Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности осуществлять продажу активов, обремененных обеспечением и иными интересами, не обременяя их таким обеспечением и иными интересами, вне рамок обычных коммерческих операций, если:

a)–d) *(без изменений).*

[55] В тех случаях, когда активы представляют собой обремененные активы или на них распространяются другие интересы, применяется рекомендация 43.

Использование поступлений наличных средств

43A) Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать [и реализовывать] поступления наличных средств, если:

a) обеспеченный кредитор соглашается на такое использование [или реализацию]; или

b) обеспеченному кредитору [было направлено уведомление о предполагаемом использовании [или реализации] и] была предоставлена возможность быть заслушанным судом; и

c) интересы обеспеченного кредитора будут защищены от сокращения стоимости поступлений наличных средств.

D. Финансирование после открытия производства

Привлечение финансовых средств после открытия производства

49) Законодательство о несостоятельности должно способствовать привлечению и стимулировать привлечение управляющим в деле о несостоятельности финансовых средств после открытия производства, если управляющий в деле о несостоятельности сочтет это необходимым для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника или же для сохранения или увеличения стоимости активов, образующих имущественную массу. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или кредиторов (или комитета кредиторов).

Рекомендацию 53 "Приоритет для финансирования, полученного после открытия производства", следует включить перед рекомендацией 50, в которой рассматривается обеспечение для финансирования после открытия производства.

Обеспечение для финансирования после открытия производства

52) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что в случае, если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет над существовавшим до этого обеспечением, если соблюдены определенные условия, в том числе:

a)–b) *(без изменений)*;

c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены.

Последствия изменения характера производства для финансирования, полученного после открытия производства

54) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что в случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное любой приоритет в пользу финансирования после открытия производства при реорганизации должен признаваться и при ликвидации.

E. Режим контрактов

Оговорки об автоматическом расторжении [и ускоренном исполнении] контракта

56) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что принудительное исполнение в отношении управляющего в деле о

несостоятельности и должника любого положения контракта, автоматически прекращающего его действие [или ускоряющего его исполнение], становится невозможным при наступлении следующих событий:

a)–b) *(без изменений).*

62) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что в случае продолжения исполнения контракта или отказа от его исполнения контрагенту должно быть направлено уведомление о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения и о его правах в части предъявления требования и о сроках предъявления требования, а также предоставлена возможность [опротестовать указанное решение] [быть заслушанным судом].

Продолжение исполнение контрактов в случае нарушения со стороны должника

65) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что в случае нарушения контракта со стороны должника управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение этого контракта при условии, что нарушение контракта исправлено, экономическое положение контрагента, не нарушившего контракта, по существу приведено в состояние, существовавшее до нарушения, и обязательства по продолженному контракту могут быть исполнены за счет имущественной массы.

Исполнение до принятия решения о продолжении или расторжении

66) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что управляющий в деле о несостоятельности может принять исполнение [или потребовать исполнения] от контрагента до принятия решения о продолжении или расторжении контракта. Требования контрагента из исполнения, принятого [или потребованного] управляющим в деле о несостоятельности до принятия решения о продолжении или расторжении контракта, должны оплачиваться в качестве административных расходов при том, что:

a) если контрагент исполняет контракт, сумма административных расходов должна соответствовать [стоимости выгод, полученных имущественной массой, в соответствии с контрактом] [контрактной цене исполнения];

b) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, принадлежащие третьей стороне и находящиеся во владении должника согласно условиям контракта, такой стороне должна быть предоставлена защита от сокращения стоимости этих активов и право на взыскание административных расходов в соответствии с пунктом (a).

Убытки из последующего нарушения контракта, исполнение которого было продолжено

67) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться, что в случае принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки из последующего нарушения такого контракта должны подлежать оплате в качестве административных расходов.

Уступка контрактов

70) Если контрагент возражает против уступки контракта, законодательство, тем не менее, может предоставить суду право утвердить уступку при условии, что:

a)–c) (без изменений);

d) нарушение должником [до открытия или после открытия производства] условий контракта исправлено до уступки.

71) В законодательстве о несостоятельности может быть установлено, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве стороны контракта, начиная с даты уступки, и применительно к имущественной массе не будет возникать какой-либо дополнительной ответственности в соответствии с контрактом.

F. Расторжение сделок

Сделки, подлежащие расторжению

73) В законодательство о несостоятельности следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок с должником или активами, образующими имущественную массу, приводящих к снижению стоимости имущественной массы или нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве о несостоятельности следует установить, что расторжению подлежат следующие виды сделок:

a) сделки, направленные на затруднение, задержку или воспрепятствование удовлетворению требований кредиторов, если результатом сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора [или потенциальных кредиторов] или нанесение иного ущерба интересам кредиторов;

b) сделки, в рамках которых передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательств осуществляется на безвозмездной основе или в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную или ненадлежащую стоимость, совершаемые в момент, когда должник уже является несостоятельным, либо приводящие к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и

c) *(без изменений).*

Обеспечительные интересы

74) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что, несмотря на то, что обеспечительный интерес может иметь силу и быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, действие содержащихся в законодательстве о несостоятельности положений о расторжении сделок может распространяться на него на тех же основаниях, что и на другие сделки.

Сделки с лицами, связанными с должником

76) В законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрен более длительный подозрительный период для подлежащих расторжению сделок с участием лиц, связанных с должником, чем для сделок с лицами, не связанными с должником.

Процедура расторжения сделок

79) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что начало процедуры расторжения сделок является в первую очередь обязанностью управляющего в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности может также разрешать любому кредитору начинать процедуру расторжения сделки с согласия управляющего в деле о несостоятельности, и в случае несогласия управляющего в деле о несостоятельности кредитор может испросить санкцию суда, для того чтобы начать такую процедуру.

Финансирование процедуры расторжения

79A) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что расходы на процедуру расторжения сделки оплачиваются в качестве административных расходов.

80) Если управляющий в деле о несостоятельности принимает решение не начинать процедуры расторжения конкретных сделок, например на основании вывода, что вероятность расторжения сделки мала либо что расторжение таких сделок приведет к чрезмерным затратам[71] для имущественной массы, законодательство о несостоятельности может предусматривать альтернативные подходы к урегулированию начала и финансирования процедур расторжения сделок.

Предельные сроки начала процедуры расторжения

81) В законодательстве о несостоятельности или применимом процессуальном законодательстве следует установить промежуток времени, в течение которого может быть начата процедура расторжения сделки. Отсчет указанного промежутка времени следует начинать с момента открытия производства по делу о несостоятельности. Применительно к упоминаемым в рекомендации 73 сокрытым сделкам, на выявление которых управляющим в деле о несостоятельности нельзя было рассчитывать, законодательство о несостоятельности может предусмотреть исчисление указанного промежутка времени, начиная с момента выявления сделки.

Вопросы расторжения и возражения

82) В законодательстве о несостоятельности следует установить, какие признаки подлежат доказыванию в целях расторжения той или иной сделки, какая из сторон обязана предоставить соответствующие доказательства, а также конкретные возражения против расторжения. Эти возражения могут включать указания на то, что сделка была заключена в ходе обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности, [что сделка была заключена в соответствии с результатами добровольных переговоров о реструктуризации до открытия производства по делу о несостоятельности] либо [в ходе ликвидационного производства,] либо на то, что сделка была совершена в ходе реорганизационного производства, которому предшествовало ликвидационное производство. В законодательстве в целях облегчения процедур расторжения сделок могут быть также установлены презумпции и может быть разрешен перенос бремени доказывания.

Ответственность контрагентов в отношении расторгнутых сделок

83) В законодательстве о несостоятельности следует установить, что контрагент сделки, которая была расторгнута, обязан возвратить в имущественную массу полученные активы либо, при наличии соответствующего судебного решения, произвести платеж наличными в имущественную массу на сумму сделки. Суду следует определить, в праве ли контрагент по расторгнутой сделке предъявлять обычное необеспеченное требование.

[71] Речь идет об анализе затрат на процедуру расторжения сделки и положительных результатов такой процедуры, а также о подразумеваемом правиле, согласно которому процедуру не следует начинать, если затраты на такую процедуру превысят поступления от нее в имущественную массу.

H. Финансовые контракты и взаимозачет

Цели законодательных положений

Цель положения о взаимозачете и зачете в контексте финансовых сделок заключается в снижении потенциальной опасности возникновения системных рисков, способных создать угрозу стабильности финансовых рынков, путем обеспечения определенности в отношении прав сторон финансовых контрактов, когда одна из этих сторон не исполняет контракт по причинам несостоятельности. Имеется в виду, что эти рекомендации не будут применяться к сделкам, которые не являются финансовыми контрактами и которые будут регулироваться общим законодательством, применимым в отношении взаимозачета и зачета.

Содержание законодательных положений

92) Определение понятия финансовых контрактов должно быть достаточно широким, чтобы охватывать существующее разнообразие финансовых контрактов и распространяться на новые виды финансовых контрактов по мере их появления.

III. Участники

A. Должник

Обязательства

95) В законодательстве о несостоятельности должны четко оговариваться обязательства должника в отношении производства по делу о несостоятельности. Такие обязательства должны возникать после открытия производства и сохраняться в течение всего хода производства. Эти обязательства должны охватывать обязательство:

a)–b) (*без изменений*);

i)–iv) (*без изменений*);

v) кредиторов и их требований, подготовленный в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности и пересмотренный и обновленный должником по мере проверки требований и их признания или непризнания;

c) осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности для предоставления управляющему в деле о несостоятельности возможности взять на себя эффективный контроль над имущественной массой, а также содействовать управляющему в деле о несостоятельности или сотрудничать с ним в возвращении им активов или контроля над активами, составляющими имущественную массу, где бы они ни находились, а также коммерческой документации;

d) (*без изменений*).

Конфиденциальность

96) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть защиту предоставленной должником [или касающейся должника] чувствительной коммерческой или конфиденциальной информации.

Роль должника при продолжении функционирования предприятия

97A) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что должник, сохраняющий владение, будет обладать полномочиями и функциями

управляющего в деле о несостоятельности, за исключением права на получение вознаграждения.

B. Управляющий в деле о несостоятельности

Коллизия интересов

100) Законодательство о несостоятельности должно содержать требование о раскрытии информации о коллизии интересов, потере независимости или об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или потере независимости:

a) лицом, предлагаемым для назначения управляющим в деле о несостоятельности, или лицом, назначенным управляющим в деле о несостоятельности, если коллизия интересов или обстоятельства, которые могут привести к коллизии интересов или потере независимости, возникают в ходе производства по делу о несостоятельности; и

b) (*без изменений*).

Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

104) Законодательство о несостоятельности должно оговаривать, что управляющий в деле о несостоятельности несет обязательство защищать и сохранять активы, образующие имущественную массу. Законодательство о несостоятельности должно оговаривать обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности относительно управления производством и сохранения и защиты имущественной массы [, включая продолжение функционирования предприятия должника].

Ответственность

105) В законодательстве о несостоятельности должны быть оговорены последствия невыполнения или ненадлежащего выполнения управляющим в деле о несостоятельности своих обязанностей и функций согласно законодательству и любому соответствующему установленному стандарту ответственности.

C. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

Созыв собраний кредиторов

112) Законодательство о несостоятельности может содержать требование о созыве первого собрания кредиторов в течение оговоренного периода времени после открытия производства для обсуждения определенных вопросов [, указанных в законодательстве]. Законодательство о несостоятельности может также разрешить суду, управляющему в деле о несостоятельности или кредиторам, обладающим необеспеченными требованиями в объеме, соответствующем конкретной доле их общей стоимости, просить созыва общего собрания кредиторов, а также оговаривать обстоятельства, при которых такое собрание кредиторов может быть созвано. В законодательстве о несостоятельности должна быть указана сторона, ответственная за уведомление кредиторов о таком собрании.

Представительство кредиторов

113) Законодательство о несостоятельности должно способствовать активному участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности посредством комитета кредиторов, специального управляющего или иного механизма

представительства[86]. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, требуется ли для всех случаев производства по делу о несостоятельности комитет или иное представительство кредиторов. Если интересы и категории кредиторов, вовлеченных в производство по делу о несостоятельности, являются различными и назначение единого комитета или представителя не будет содействовать их участию, законодательство о несостоятельности может предусматривать назначение разных комитетов или представителей кредиторов.

– Кредиторы, которые могут быть назначены в комитет кредиторов

115) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, кто из кредиторов имеет право быть назначенным в комитет. В число кредиторов, которые не могут быть назначены в комитет кредиторов, могут входить лица, связанные с должником, а также другие лица, которые по тем или иным причинам не могут быть беспристрастными. В законодательстве о несостоятельности следует указать, должно ли требование кредитора быть признано, прежде чем кредитор получит право быть назначенным в комитет.

– Права и функции комитета кредиторов

117) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать права и функции комитета кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, которые могут включать следующее:

a)–c) (без изменений); и

d) право быть заслушанным в ходе производства.

Рекомендации по главе IV "Реорганизация" содержатся в документе A/CN.9/559/Add.3.

V. Ведение производства

A. Режим требований кредиторов

Требование в отношении представления

154 a) Законодательство о несостоятельности должно требовать от кредиторов представления их требований[100] и указания оснований и суммы требования. Законодательство о несостоятельности должно сводить к минимуму количество формальностей, связанных с представлением требования. Законодательство о несостоятельности должно допускать представление требований с использованием различных средств, включая почту и электронные средства.

154 b) Законодательство о несостоятельности может разрешать признание неоспоренных требований на основе списка кредиторов и требований, составленных должником в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, или суд либо управляющий в деле о несостоятельности может потребовать от кредитора представления доказательств наличия его требования. Законодательство о несостоятельности не должно во всех случаях требовать от кредитора личного присутствия для доказывания своего требования.

---

[86] См. рекомендацию 97 и сохранение функций должника при реорганизации. В случае сохранения управления предприятием за должником комитет кредиторов или другой представитель кредиторов будет играть важную роль в осуществлении надзора за деятельностью должника и, при необходимости, в представлении отчета о его деятельности.

[100] Сноска исключена.

Момент представления требований

158) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать срок после открытия производства, в течение которого могут быть представлены требования, и такой срок должен быть достаточным для того, чтобы кредиторы смогли представить свои требования[105a].

Требования, выраженные в иностранной валюте

160) Если требования выражены в иностранной валюте, законодательство о несостоятельности должно определить те обстоятельства, при которых эти требования должны быть пересчитаны, а также основания для пересчета. Если необходимо произвести пересчет, законодательство о несостоятельности должно указывать, что требование будет пересчитано в местную валюту путем ссылки на конкретную дату, например на фактическую дату открытия производства по делу о несостоятельности.

Признание или отклонение требований

162) Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности признавать или отклонять любое требование полностью или частично. Если требование отклоняется [или на него предполагается распространить режим в соответствии с рекомендацией 169 как на требование лица, связанного с должником,] полностью или частично, кредитору должно быть направлено уведомление с указанием мотивов решения об отклонении.

166) Законодательство о несостоятельности должно разрешать признавать требования на неустановленную сумму в предварительном порядке до установления суммы требования управляющим в деле о несостоятельности.

167) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и необеспеченную долю путем оценки обремененного актива.

164) Законодательство о несостоятельности должно разрешать заинтересованной стороне оспаривать любое представленное требование как до, так и после признания и обращаться в суд с просьбой о пересмотре этого требования.

163) Законодательство о несостоятельности должно разрешать кредиторам, требования которых были отклонены [или на которые распространяется режим в соответствии с рекомендацией 169 как на требование лица, связанного с должником,] полностью или частично, обращаться в суд в течение оговоренного срока после направления уведомления об отклонении требования с просьбой о пересмотре их требований.

165) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что требования, оспариваемые в ходе производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны управляющим в деле о несостоятельности в предварительном порядке до урегулирования спора судом.

[105a] Если в производстве участвуют иностранные кредиторы, то может потребоваться более продолжительный срок для содействия представлению требований. Кроме того, желательно, чтобы требования предъявлялись на ранних этапах производства, с тем чтобы управляющий в деле о несостоятельности был информирован о соответствующих требованиях, об активах, обремененных обеспечительными интересами, и о стоимости таких активов и требований.

B. Приоритеты и распределение поступлений

Преимущественные требования

172) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать минимальное число приоритетов, предоставляемых необеспеченным требованиям. В законодательстве о несостоятельности должны быть четко указаны классы требований, если таковые существуют, в отношении которых будет предусмотрено право на удовлетворение в первоочередном порядке в рамках производства по делу о несостоятельности.

Определение очередности требований по статусу

174) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что очередность требований, являющихся необеспеченными, определяется по статусу в следующем порядке[112]:

a)–c) (*без изменений*);

d) отсроченные требования или требования, субординированные в соответствии с законодательством.

VI. Завершение производства

A. Освобождение от обязательств

185) Если законодательство о несостоятельности предусматривает исключение некоторых долгов из сферы действия освобождения, то число таких долгов должно быть сведено к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново, и такие долги следует указать в законодательстве о несостоятельности. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что освобождение может быть оговорено теми или иными условиями, эти условия следует свести к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново, и такие условия также следует указать в законодательстве о несостоятельности.

B. Завершение производства

Ликвидация

186) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать процедуры, при помощи которых ликвидационное производство должно закрываться после окончательного распределения или установления того, что распределение не может быть проведено.

Реорганизация

187) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать процедуры, при помощи которых реорганизационное производство должно

[112] Законодательство о несостоятельности может предусматривать дальнейшее определение очередности по статусу требований в рамках каждого статуса, указанного в пунктах (a), (b) и (d). Так, например, требования работников могут быть классифицированы как самостоятельный класс и им может быть предоставлен более высокий статус, чем требованиям государства или системы социального обеспечения, в соответствии со статьей 8(1) Конвенции МОТ о защите требований трудящихся (в случае неплатежеспособности предпринимателя) 1992 года (№ 173). Если все кредиторы с одинаковым статусом не могут получить выплаты в полном объеме, порядок выплат должен отражать любой дальнейший порядок очередности по статусу, предусмотренный в законодательстве о несостоятельности для требований одного и того же статуса.

закрываться после полного выполнения плана реорганизации или в более раннюю дату, установленную судом.

A/CN.9/559/Add.2

Поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70

ДОБАВЛЕНИЕ

1. В настоящей записке излагаются поправки и дополнения к рекомендациям, содержащимся в документах A/CN.9/WG.V/WP.70, части I и II, основанные на результатах обсуждений в Рабочей группе V на ее тридцатой сессии (доклад о работе сессии см. A/CN.9/551).

Введение

1. Построение и сфера применения Руководства

1. В пятое предложение пункта 1 после слов "упор на реорганизацию" добавить следующий текст:

"... предприятие должника, будь то юридическое или физическое лицо, занимающегося экономической деятельностью. В руководстве не рассматриваются вопросы, характерные для несостоятельности частных лиц, не занимающихся экономической деятельностью, например потребителей".

2. В конце пункта 1 добавить следующий текст:

"... для содействия рассмотрению вопросов трансграничной несостоятельности. Тем не менее следует отметить, что типовой закон обычно используется иначе, чем руководство для законодательных органов. Типовой закон по существу является законодательным текстом, который государствам рекомендуется принять в качестве части своего национального законодательства с поправками или без поправок. Поэтому в типовом законе, как правило, предлагается всеобъемлющий свод законодательных решений для рассмотрения определенной темы, и используемые формулировки позволяют непосредственно включить положения типового закона в национальное законодательство. С другой стороны, в руководстве для законодательных органов основное внимание уделяется обеспечению руководящих указаний для законодателей и других пользователей, и поэтому они, как правило, содержат обширный комментарий, в котором рассматриваются и анализируются соответствующие вопросы. Рекомендации, содержащиеся в руководстве для законодательных органов, не предназначены для включения в национальное законодательство в существующем виде. В них скорее выделяются ключевые вопросы, которые было бы желательно рассмотреть в таком законодательстве, и некоторые рекомендации содержат руководящие принципы в отношении формулирования конкретных законодательных положений".

3. В пункте 2 после четвертого предложения включить следующий текст:

"При формулировании рекомендаций используется различный уровень конкретизации в зависимости от рассматриваемого вопроса. В некоторых рекомендациях используются законодательные формулировки,

позволяющие подробно описать методы рассмотрения конкретных вопросов в законодательстве о несостоятельности на основе применения определенного подхода, в отношении которого существует высокая степень консенсуса. В других рекомендациях выявляются ключевые аспекты, которые следует рассмотреть в законодательстве о несостоятельности применительно к конкретной теме, а также предлагаются возможные альтернативные подходы, указывающие на наличие иных принципиальных и процедурных соображений, которые, возможно, необходимо принять во внимание".

Часть первая. Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

II. Механизм устранения финансовых трудностей должника

4. Перед пунктом 31 включить следующую вводную часть:

"В приводимых ниже разделах рассматриваются различные механизмы, которые были разработаны для устранения финансовых трудностей должника и которые подтвердили свою эффективность в качестве средства преодоления таких трудностей. К их числу относятся реорганизационное или ликвидационное производство, проводимое в соответствии с законодательством о несостоятельности; переговоры с кредиторами, которые должник начинает добровольно и которые по существу проводятся не на основе официального законодательства о несостоятельности; а также административные процедуры, которые были разработаны в ряде стран для преодоления, в частности, системных финансовых проблем, возникающих в банковском секторе. Последняя категория механизмов включена просто для информации, и такие механизмы отнюдь не предлагается использовать для урегулирования несостоятельности должников, занимающихся экономической деятельностью. Аналогичным образом содействующий орган, который используется для надзора за такими административными процедурами, не следует путать с различными органами, помимо судебных органов, которые могут быть созданы для осуществления надзора за производством по делам о несостоятельности, касающимся экономических должников, и которые обозначаются термином "суд" в настоящем Руководстве".

Часть вторая. Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

D. Финансирование после открытия производства

5. Изменить текст пунктов 246–250 следующим образом:

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета

246. Для привлечения финансовых средств после открытия производства и для обеспечения погашения полученных ссуд можно использовать ряд различных подходов. Торговые кредиты или задолженность по обычным коммерческим операциям управляющего в деле о несостоятельности (или должника, за которым сохраняется владение) можно автоматически рассматривать в качестве административных расходов. Если получение кредита или образование задолженности необходимо для максимизации стоимости активов или кредит или финансовые средства невозможно получить иным образом в качестве административных расходов или же можно мобилизовать вне рамок обычных коммерческих операций, суд может разрешить установление по кредиту или задолженности, которые будут учитываться в качестве административных расходов, более высокого приоритета по сравнению с другими административными расходами или же предоставление по таким кредитам или задолженности обеспечения в необремененных или частично обремененных активах.

a) Установление приоритета

248. Если предприятие должника продолжает действовать после открытия производства по делу о несостоятельности, либо в преддверии попыток осуществить реорганизацию, либо для сохранения стоимости в результате продажи в качестве действующего предприятия, расходы, возникающие в процессе функционирования предприятия, как правило, разрешается в соответствии с рядом законов о несостоятельности оплачивать в качестве административных расходов. Кредиторы, обладающие административным приоритетом, как правило, не обладают более высоким приоритетом по сравнению с обеспеченными кредиторами в отношении их обеспеченного интереса, однако им обычно предоставляется первый приоритет (см. главу V.B), который выше в сравнении с требованиями обычных необеспеченных кредиторов и оплачивается до оплаты любых других статутных приоритетных требований, например, требований налоговых ведомств или органов социального обеспечения. Поставщики товаров и услуг будут продолжать поставлять управляющему в деле о несостоятельности товары и услуги в кредит только в том случае, если у них будут разумные основания ожидать, что они получат оплату в первоочередном порядке по сравнению с необеспеченными кредиторами, существовавшими до открытия производства. В некоторых случаях такой приоритет устанавливается на том основании, что новый кредит или ссуда предоставляются управляющему в деле о несостоятельности, а не должнику и рассматриваются в качестве издержек за счет имущественной массы. Законодательство о несостоятельности некоторых стран требует утверждения такого заимствования судом или кредиторами, в то время как в законодательстве других стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может получать необходимые кредиты или финансовые средства без утверждения, хотя это может быть сопряжено с определенной личной ответственностью, и в таком случае управляющий может проявить нежелание мобилизовывать новые финансовые средства.

250. В законодательстве о несостоятельности других стран предусматривается административный "суперприоритет", если кредит или финансовые средства невозможно получить, классифицировав их в качестве административного требования, которое равноценно другим административным требованиям, например, вознаграждению управляющего в деле о несостоятельности или эксперта, привлеченного в рамках этого дела. "Суперприоритет" выше приоритета административных кредиторов.

b) Предоставление обеспечения

247. Если кредитору требуется обеспечение, оно может быть предоставлено в необремененном имуществе или в качестве субординарного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененном имуществе, когда стоимость обремененного актива существенно превышает сумму существовавшего до этого обеспеченного обязательства. В этом случае никакой специальной защиты для ранее существовавших обеспеченных кредиторов, как правило, не требуется, поскольку их права не будут ущемлены, если только позднее не изменятся обстоятельства (например, обремененные активы начнут обесцениваться), и они сохранят тот же приоритет в отношении обремененного актива, которым они обладали до открытия производства, если не будет достигнута иная договоренность. Единственными необремененными активами, которые могут быть использованы для предоставления обеспечения по финансовым средствам, привлекаемым после открытия производства, зачастую оказываются активы, возвращенные в результате расторжения сделок, однако в соответствии с законодательством о несостоятельности некоторых стран предоставление обеспечения в таких активах может создавать противоречия и поэтому не допускается.

249. Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что по новым кредитам может быть предоставлен определенный более высокий по сравнению с требованиями существующих обеспеченных кредиторов уровень приоритета, который иногда именуется "первоочередным привилегированным требованием". В странах, где допускается такой вид приоритета, суды, рассматривающие дела о несостоятельности, признают риск для существующих обеспеченных кредиторов и разрешают такие виды приоритета неохотно, только в качестве последнего средства. Такой приоритет может предоставляться при соблюдении определенных условий, например при условии направления уведомления затронутым обеспеченным кредиторам и предоставления им возможности быть заслушанными в суде; предоставления должником доказательств того, что он не может получить необходимых финансовых средств без приоритета; и обеспечения защиты от любого снижения экономической ценности обремененных активов, в том числе за счет избыточной стоимости обремененного актива. В некоторых правовых системах предусмотрены все варианты приоритета, суперприоритета, обеспечения и первоочередного привилегированного требования для привлечения финансовых средств после открытия производства. Как правило, следует обеспечивать защиту экономической стоимости обеспечительных прав ранее существовавших обеспеченных кредиторов, с тем чтобы не допустить нанесения ущерба таким правам. При необходимости (и как уже отмечалось в связи с защитой имущественной массы – см. главу II.B.8) это может быть достигнуто за счет осуществления периодических платежей или предоставления обеспечительных прав в дополнительных активах вместо любых активов, которые могут быть использованы должником или обременены для получения нового кредита.

A/CN.9/559/Add.3

Поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70: реорганизация

ДОБАВЛЕНИЕ

1. В настоящей записке излагаются поправки и дополнения к комментариям и рекомендациям по главе IV о реорганизации, содержащимся в документе A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II, основанные на результатах обсуждений в Рабочей группе V на ее тридцатой сессии (март/апрель 2004 года) (доклад о

работе сессии см. документ A/CN.9/551). Нумерация этих комментариев и рекомендаций сохраняется без изменений; в случае изменения порядка изложения пунктов и рекомендаций последовательность нумерации нарушается. В отношении рекомендаций использование квадратных скобок указывает на то, что текст был добавлен или пересмотрен после тридцатой сессии Рабочей группы V.

2. По причинам экономии комментарии и рекомендации, которые не были пересмотрены, не воспроизводятся в настоящем документе и сохраняются в том виде, в котором они содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.70, часть II; в отношении тех пунктов и частей рекомендаций, изложенных в настоящем документе, которые не были изменены, указывается "*без изменений*". Сноски к рекомендациям воспроизводятся в настоящем документе только в том случае, если они были изменены или исключены.

IV. Реорганизация

5. Принятие плана

506. Разработка положений законодательства о несостоятельности, относящихся к принятию плана, требует сбалансированного учета ряда противоречащих друг другу соображений, например о том, должны ли кредиторы голосовать по принятию плана по категориям, имеют ли все кредиторы право голосовать по плану и какой режим избрать в отношении несогласных кредиторов. При этом следует исходить из ряда основополагающих принципов, в соответствии с которыми план может быть обязательным для выполнения кредиторами, права которых ущемляются планом, включая обеспеченных кредиторов, только в том случае, если им была предоставлена возможность проголосовать в процессе его принятия; обеспеченные кредиторы должны голосовать отдельно от необеспеченных кредиторов; кредиторам одной категории должен быть предоставлен одинаковый режим в соответствии с планом; а несогласные кредиторы, для которых план будет обязательным, должны получить по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидационном производстве.

i) Классификация требований

506A. Включить пункт 506, начиная с третьего предложения.

ii) Режим в отношении несогласных кредиторов

507. Без изменений.

508. Изменить второе и третье предложения следующим образом:

> Так, например, в законодательстве можно предусмотреть, что план не будет иметь обязательной силы для несогласных кредиторов, если им не будет гарантирован определенный режим. В качестве общего принципа такой режим может предусматривать, что кредиторы получат по меньшей мере столько же в соответствии с планом, сколько они могли бы получить при ликвидационном производстве.

a) Процедуры принятия

509. В первом предложении после слов "заинтересованных сторон" добавить слова "включая акционеров".

510. В первом предложении изменить ссылку на "требуется ли, чтобы голосовали" словами "имеют ли право голоса".

i) Режим для воздержавшихся или не участвующих в голосовании кредиторов

510A. Включить пункт 510, начиная с третьего предложения.

ii) Использование презумпций

511. Без изменений.

b) Принятие плана обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования

512. Во втором предложении заменить ссылку на "от обеспеченного кредитора будет требоваться" словами "обеспеченный кредитор будет иметь право на", остальной текст – без изменений.

513. В конце второго предложения добавить слова "до осуществления выплат кредиторам, не имеющим преимущественного права требования". В последнем предложении заменить ссылку на "от них потребуется" словами "будут иметь право на".

515. На основе признания необходимости участия обеспеченных кредиторов второй подход предусматривает, что обеспеченные кредиторы и кредиторы с преимущественным правом требования участвуют как отдельная от необеспеченных кредиторов категория в голосовании по плану, который предусматривает ухудшение условий их требований, или же иным образом дают свое согласие на обязательную силу плана. Принятие подхода, позволяющего обеспеченным кредиторам и кредиторам, имеющим преимущественное право требования, голосовать как отдельной категории, обеспечивает минимальные гарантии надлежащей защиты таких кредиторов и является признанием того, что соответствующие права и интересы обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования отличаются от соответствующих прав необеспеченных кредиторов. Однако во многих случаях права обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования будут отличаться друг от друга, и может оказаться нецелесообразным требовать, чтобы все обеспеченные кредиторы голосовали в составе единой категории или чтобы кредиторы с преимущественным правом требования голосовали в составе единой категории. В таких случаях законодательством некоторых стран предусматривается, чтобы каждый обеспеченный кредитор образовывал собственную категорию. Когда обеспеченные кредиторы принимают участие в голосовании, требуемое большинство голосов какой-либо категории обеспеченных кредиторов будет таким же, как и большинство, которое требуется для принятия плана необеспеченными кредиторами, хотя имеются примеры законодательства, которое требует наличия иного большинства голосов в зависимости от порядка, в котором права обеспеченных кредиторов должны быть затронуты в плане (например, одно законодательство предусматривает, что требуется большинство в две трети голосов в случаях, когда должен продлеваться срок погашения обязательств, и большинство в четыре пятых – когда соответствующие права должны умаляться иным образом).

516. Перенести третье и четвертое предложения в пункт 532A.

514. В последнем предложении заменить ссылку на "требуется ли, чтобы они голосовали" словами "имеют ли они право голосовать".

517. Без изменений.

c) Принятие обычными необеспеченными кредиторами

518. Без изменений.

i) Категории необеспеченных кредиторов

519. Без изменений.

520. Изменить второе и третье предложения следующим образом:

> Цель создания таких категорий состоит в том, чтобы расширить возможности для осуществления успешной реорганизации по меньшей мере в трех аспектах: за счет обеспечения пригодного средства для определения различных экономических интересов необеспеченных кредиторов; за счет создания основы для структурирования условий плана и обеспечения одинакового режима для всех кредиторов данной категории; а также за счет предоставления суду возможности использовать поддержку плана требуемым большинством кредиторов одной категории для того, чтобы сделать его обязательным для других категорий, не поддерживающих план. Поскольку установление различных категорий потенциально может усложнить процедуру голосования, такой порядок, возможно, является желательным только в случае существования причин, настоятельно требующих особого режима для некоторых обычных необеспеченных кредиторов, например в том случае, когда имеется большое число кредиторов, у которых нет общих экономических интересов, и им, как предполагается, будет предоставлен в соответствии с планом различный режим.

ii) Определение категорий

521. Без изменений.

d) Принятие плана акционерами

522. После второго предложения добавить следующий текст:

> Если акционеры имеют право принимать участие в голосовании, то им должно быть направлено такое же уведомление и информация, как и другим кредиторам, имеющим право участвовать в голосовании.

523. Без изменений.

e) Лица, связанные с должником

524. Без изменений.

f) Требования, касающиеся принятия плана

525. Без изменений.

i) Случаи, когда голосование не проводится по категориям

526. Без изменений.

ii) Случаи, когда голосование проводится по категориям

527. В конце пункта добавить следующее предложение:

> Независимо от того, какой подход будет выбран, важно четко изложить его в законодательстве, с тем чтобы обеспечить определенность и транспарентность для сторон реорганизационного производства.

– Большинство в рамках одной категории

528. Без изменений.

– Большинство категорий

529. Последние два предложения изменить следующим образом:

Согласно законодательству других стран предусматривается, что поддержка плана категориями необеспеченных кредиторов не означает его принятия, если против него возражают обеспеченные кредиторы. Требования в отношении признания плана обязательным для категорий несогласных кредиторов рассматриваются более подробно в разделах 7 и 8 ниже.

6. Случаи, когда план не может быть принят

a) Изменение предложенного плана

530. Без изменений.

b) Непринятие плана

531. Без изменений.

7. Обязательность плана для категорий несогласных кредиторов

532. После третьего предложения добавить следующий текст:

К числу таких условий относятся одобрение плана необходимым числом сторон и проведение надлежащей процедуры одобрения; получение кредиторами согласно плану по меньшей мере такого же возмещения, как и в случае ликвидационного производства; отсутствие в плане положений, противоречащих законодательству о несостоятельности или другому соответствующему законодательству; наличие положения об оплате в полном объеме административных требований и расходов, за исключением случаев, когда держатель такого требования или ходатайства об оплате расходов соглашается на другой режим; рассмотрение согласно плану требований тех категорий кредиторов, которые не поддержали план, в соответствии с порядком очередности, предоставляемым им согласно законодательству о несостоятельности (иными словами, осуществление выплат кредиторам такой категории в полном объеме, будь то денежными средствами или имуществом, например акциями или другими ценными бумагами, до осуществления выплат следующей категории кредиторов).

532A. Включить третье и четвертое предложения из пункта 516.

8. Утверждение плана судом

533. Без изменений.

a) Оспаривание принятия плана

534–536. Без изменений.

b) Действия, необходимые для утверждения плана судом

537. В начале четвертого предложения включить слова "Как отмечалось выше в пункте 532".

538. Без изменений.

539. Изменить второе предложение следующим образом:

Весьма желательно, в частности, чтобы в законодательстве не предусматривалась обязанность суда рассматривать экономические или коммерческие соображения, лежащие в основе решения кредиторов (включая вопросы справедливости, которые не связаны с процедурой принятия, а относятся к существу достигнутого соглашения), а также рассматривать конкретные аспекты плана с точки зрения их экономической

осуществимости, за исключением случаев, когда обстоятельства, при которых такие полномочия могут быть использованы, определяются достаточно узко или суд обладает соответствующей компетенцией и опытом для вынесения решений по соответствующим коммерческим и экономическим аспектам.

9. Действие принятого [и утвержденного] плана

540. Без изменений.

10. Оспаривание плана после его утверждения судом

541. Включить в конце последнего предложения следующие слова: "а также то, в какой степени основания, по которым план был успешно оспорен, могут быть рассмотрены".

11. Внесение поправок в план после его принятия кредиторами

542–544. Без изменений.

12. Выполнение плана

545. Без изменений.

13. Случаи срыва осуществления плана

546–547. Без изменений.

14. Преобразование в ликвидационное производство

548. В конце второго предложения в качестве еще одного основания для преобразования добавить следующие слова: "или невыполнение обязательств по каким-либо другим причинам".

В конце пункта добавить следующее предложение: "Возможно, необходимо будет рассмотреть процессуальные требования в отношении открытия и проведения такого преобразованного производства".

549–550. Без изменений.

Рекомендации

Содержание законодательных положений

Подготовка плана – сроки

123 a) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что план может быть предложен в момент подачи или после подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или в течение оговоренного срока после открытия производства по делу о несостоятельности:

i)–ii) Без изменений.

b) В законодательстве о несостоятельности должен быть также рассмотрен вопрос о предельных сроках представления плана, когда ликвидационное производство преобразовывается в реорганизационное производство.

Подготовка заявления о раскрытии информации

126) Законодательство о несостоятельности должно содержать требование о том, чтобы план, представляемый на рассмотрение [тем] кредиторам и акционерам [, которые имеют право участвовать в голосовании по плану],

сопровождался заявлением о раскрытии информации, которое позволит принять обоснованное решение относительно плана. Это заявление должно быть подготовлено той же стороной, которая предлагает план.

Представление плана и заявления о раскрытии информации

127) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм представления плана и заявления о раскрытии информации [тем] кредиторам и акционерам, которые имеют право участвовать в голосовании по плану.

Содержание заявления о раскрытии информации

129) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что заявление о раскрытии информации должно включать[92]:

[a) подробное описание плана;]

b) информацию о финансовом положении должника, включая информацию об активах, пассивах и движении наличности;

c) нефинансовую информацию, которая может оказать воздействие на будущую деятельность должника (например, наличие нового патента);

d) сопоставление режима, предусматриваемого для кредиторов согласно плану, с теми суммами, которые они в противном случае получили бы в результате ликвидации;

e) основание, на котором предприятие будет способно продолжить коммерческую деятельность и может быть успешно реорганизовано;

f) информацию, указывающую, что с учетом последствий реализации плана [активы должника превысят его обязательства] [и что приняты надлежащие меры для удовлетворения всех обязательств, предусмотренных планом]; а также

g) информацию о механизмах голосования по принятию плана.

Содержание плана

128) В законодательстве о несостоятельности должно оговариваться минимальное содержание плана. План должен включать следующее:

a) определение каждой категории кредиторов и предусмотренный в плане режим в отношении каждой категории (например, размер причитающейся суммы и сроки платежей [, если они предусмотрены]);

[b) подробные сведения о режиме в отношении акционеров;]

[c) подробные сведения о режиме в отношении статутных требований, которые не могут быть изменены в соответствии с планом[91a];]

d) подробную информацию об условиях и положениях плана;

e) определение роли должника в реализации плана;

---

[92] Если управляющий в деле о несостоятельности не подготавливает план и заявление или не участвует в их подготовке, он должен представить свои замечания по обоим документам. На информацию, включаемую в заявление о раскрытии информации, должны распространяться обязательства в отношении обеспечения конфиденциальности, которые рассматриваются в пунктах .... и в рекомендации 96.

[91a] [По соображениям публичной политики некоторые государства не разрешают изменять в ходе производства по делу о несостоятельности такие требования, как налоговые требования и некоторые требования, вытекающие из прав лиц, работающих по найму, на получение вознаграждения. См. пункты 291, 633–635 и рекомендацию 172.]

f) определение лиц, несущих ответственность за будущее управление предприятием должника и за осуществление надзора за реализацией плана [, а также указание их связей с должником и их вознаграждения]; а также

g) определение порядка реализации плана.

Механизмы голосования

130) Исключить последнее предложение – см. рекомендацию 142.

[130A) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что кредитор, права которого изменяются в соответствии с планом, не обязан выполнять условий плана, если такому кредитору не предоставлена [разумная] возможность принять участие в голосовании.]

[130B) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, если в плане предусматривается, что план не изменяет или не оказывает отрицательного воздействия на права какого-либо кредитора или категории кредиторов, такой кредитор или категория кредиторов не имеют права участвовать в голосовании по принятию плана.]

[130C) Если в законодательстве о несостоятельности указано, что обеспеченные кредиторы или кредиторы с преимущественным правом требования могут нести ответственность в соответствии с условиями плана, в законодательстве о несостоятельности следует также указать, что такие кредиторы [участвуют в голосовании по [одной или более] категориям, отдельно] [классифицируются по категориям отдельно и голосуют по категориям отдельно] от необеспеченных кредиторов, не обладающих преимущественным правом требования.]

[130D) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что все кредиторы данной категории должны пользоваться одним [режимом] [набором условий]].

Принятие категориями кредиторов

133) Для тех случаев, когда голосование по принятию плана проводится с ссылкой на категории [, права которых будут изменены в соответствии с планом], законодательство о несостоятельности должно устанавливать, как рассматривать итоги голосования по каждой категории в целях принятия плана. Могут применяться различные подходы, включая требование о [принятии плана всеми категориями или] принятии плана квалифицированным большинством категорий [, однако план должен быть принят по меньшей мере одной категорией кредиторов, права которых изменяются].

134) В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не требует принятия всеми категориями [, права которых будут изменены в соответствии с планом], в законодательстве о несостоятельности должен определяться режим в отношении категорий, не голосовавших в поддержку плана, который тем не менее был бы принят требуемыми категориями [в соответствии с основаниями, изложенными в рекомендации 138(a)–(e)].

Непринятие плана

135) Исключено – см. рекомендации 142 и 145.

Продолжение использования обремененных активов

137) Исключено.

Утверждение принятого плана

138) Если законодательство о несостоятельности требует утверждения принятого плана судом, суд должен утвердить план, если выполнены следующие условия:

a) [необходимые заявления о принятии плана получены и] в процессе принятия не было нарушений;

b) кредиторы получат [по плану по меньшей мере столько же] [экономическую стоимость, которая будет по меньшей мере составлять столько же при калькуляции на дату вступления плана в силу], сколько они получили бы при ликвидации, если только они не дали особого согласия на ухудшение режима;

c) план не содержит положений, противоречащих законодательству;

d) административные требования и расходы будут оплачены в полном объеме, кроме тех случаев, когда держатель такого требования или ходатайства об оплате расходов соглашается на другой режим; и

e) [за исключением случаев, когда [кредиторы, которых это затрагивает, или] [категории кредиторов, права которых изменяются в соответствии с планом] соглашаются [на другой режим[94]], режим требований[93] [кредиторов] в плане соответствует категоризации требований [кредиторов] в соответствии с законодательством о несостоятельности.] [Режим, предусмотренный в соответствии с планом для требований категории кредиторов, голосовавших против плана, соответствует категоризации требований этой категории в соответствии с законодательством о несостоятельности.]

Оспаривание принятия плана (когда утверждения не требуется)

139) Когда план приобретает обязательную силу после его принятия кредиторами, а утверждения судом не требуется, законодательство о несостоятельности должно разрешать заинтересованным сторонам, в том числе должнику, оспаривать принятие плана. Законодательство о несостоятельности должно устанавливать критерии оценки ходатайства об оспаривании, которые должны определять:

a) имеются ли основания, указанные в рекомендации 138; и

b) имело ли место мошенничество, к которому применимы требования, предусмотренные в рекомендации 140 (a)–(c).

Оспаривание утвержденного плана

140) Законодательство о несостоятельности должно допускать оспаривание утвержденного плана на основании имевшего место мошенничества. В законодательстве о несостоятельности должно указываться следующее:

a)–b) без изменений;

c) необходимость заслушивания судом ходатайства об оспаривании.

Внесение поправок в план

142) Законодательство о несостоятельности должно допускать внесение поправок в план и определять стороны, которые могут предлагать поправки, а также сроки, в которые поправки могут вноситься в план [, включая сроки между представлением и принятием, принятием и утверждением, после утверждения и в ходе осуществления, если производство по-прежнему открыто].

Принятие поправок

143) Законодательство о несостоятельности должно определять механизм принятия поправок к плану. [Если поправки предлагаются после принятия плана

---

[94] Включая требования в отношении административных издержек и расходов.

[93] Суд должен убедиться, что в случае получения одним или несколькими кредиторами менее благоприятного режима, чем предписано для их категории законодательством о несостоятельности, эти кредиторы согласились на такой режим.

кредиторами,] такой механизм должен предусматривать направление уведомления кредиторам и другим сторонам [, интересы которых затрагивает изменение]; определять сторону, которая должна направить уведомление; требовать принятия поправок кредиторами и другими сторонами [, интересы которых затрагивает изменение,] и соблюдения правил утверждения (если такое утверждение требуется). Законодательство о несостоятельности должно также определять последствия непринятия предложенных поправок.

Надзор за выполнением плана

144) Без изменений.

Преобразование в ликвидационное производство

145) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суд может преобразовать реорганизационное производство в ликвидационное, когда:

a) план не предложен в любой установленный законодательством срок, а продление срока не утверждено судом;

b) заявление о преобразовании сделано управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами;

c) предложенный план не принят;

d) принятый план не утвержден (если по законодательству требуется утверждение);

e) удовлетворено ходатайство об оспаривании принятого или утвержденного плана; или

f) существенно нарушены [должником] условия плана [или план не осуществляется по другим причинам][95a].

B. Ускоренное реорганизационное производство[96a]

1. Введение

551. Как отмечалось в части первой настоящего Руководства, реорганизация может принимать различные формы. К их числу относятся неофициальные (т.е. проводимые вне суда) переговоры о добровольной реструктуризации, требующие незначительного вмешательства суда или вообще не требующие такого вмешательства и зависящие главным образом от согласия участвующих сторон, а также реорганизационное производство, проводимое под официальным надзором суда. Такое официальное производство, как правило, предусматривает участие всех кредиторов должника, а также формулирование и утверждение плана реорганизации кредиторами и другими заинтересованными сторонами после открытия производства. В то же время реорганизация может также предусматривать открытие производства для реализации плана, разработанного и согласованного заинтересованными кредиторами в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, которые были проведены до открытия производства, если законодательство о несостоятельности разрешает суду ускорять проведение такого производства (именуемого в настоящем разделе ускоренным реорганизационным производством).

[95a] [Такая возможность существует только в том случае, если производство остается открытым в течение осуществления.]

[96a] Поскольку такое производство основывается на соглашении, достигнутом в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, настоящий раздел следует читать вместе с частью первой, глава II.A.

551A. Поскольку в случае проведения переговоров о добровольной реструктуризации и ускоренного реорганизационного производства можно избежать многочисленных расходов, задержек, а также необходимости соблюдения процессуальных и юридических требований официального реорганизационного производства, такие процедуры зачастую могут являться наиболее экономичным средством урегулирования финансовых проблем должника, хотя они могут и не оказаться эффективными во всех случаях возникновения финансовых проблем, поскольку их применение зависит от ряда предварительных условий, которые рассматривались в части первой настоящего Руководства. К числу таких предварительных условий могут относиться следующие: значительная сумма долга причитается ряду кредиторов, являющихся крупными банками или финансовыми учреждениями; согласие кредиторов с мнением о том, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между должником и финансирующими учреждениями, а также между самими финансирующими учреждениями для урегулирования финансовых проблем должника; вероятность получения всеми сторонами в результате процесса переговоров больших выгод, чем путем прямого и непосредственного применения положений законодательства о несостоятельности (отчасти потому, что в данном случае результат поддается контролю участвующих в переговорах сторон и такой процесс является менее дорогостоящим и может быть проведен быстро, без нарушения коммерческих операций должника); а также то обстоятельство, что должник не нуждается в освобождении от коммерческих долгов или не заинтересован в преимуществах официальной несостоятельности, например, в автоматическом моратории или возможности отклонить обременительные долги.

551B. Несмотря на зависимость от таких условий, переговоры о добровольной реструктуризации и ускоренное реорганизационное производство могут оказаться одним из ценных инструментов в ряду решений проблем несостоятельности, имеющихся в распоряжении коммерческого и делового сектора любой страны. Поощрение и использование таких решений необязательно должно быть следствием того, что существующая в той или иной стране официальная система урегулирования дел о несостоятельности является плохо разработанной, неэффективной или ненадежной; оно обусловлено скорее теми преимуществами, которые могут быть получены в результате применения таких решений в дополнение к чисто официальному производству по делу о несостоятельности, которое обеспечивает справедливость и определенность. Кроме того, такие решения оказываются наиболее эффективными в тех случаях, когда существует возможность для оперативного и эффективного применения законодательства о несостоятельности в случае неспособности начать переговоры или в случае их срыва.

552. В начале третьего предложения добавить слова "В целях обеспечения рамок переговоров, которые могут быть согласованы всеми участниками, и в целях содействия".

553. Изменить третье предложение следующим образом:

> Согласно большинству существующих правовых систем, такое изменение договорных прав требует открытия полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда, проводимого в соответствии с законодательством о несостоятельности при участии всех кредиторов и при условии выполнения требований законодательства о несостоятельности, касающихся проведения такого производства. В делах, связанных с реструктуризацией коммерческих предприятий, как правило, важнейшее значение имеет вопрос о сроках, и задержки (обычно характерные для полномасштабного производства по делу о несостоятельности под надзором суда) часто могут быть весьма

дорогостоящими или даже губительными для достижения эффективного урегулирования.

2. Кредиторы, обычно принимающие участие в переговорах о добровольной реструктуризации

554. Без изменений.

555. Ограниченность числа категории кредиторов, которые обычно принимают участие в переговорах о добровольной реструктуризации, больше способствует достижению соглашения, чем полномасштабная реорганизация под надзором суда, поскольку такое производство обычно затрагивает все требования. При проведении переговоров о добровольной реструктуризации некоторые категории неинституциональных и других кредиторов, например коммерческие кредиторы, обычно продолжают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций. Такие кредиторы вряд ли будут иметь какие-либо возражения против предлагаемой реструктуризации, и им нет необходимости участвовать в переговорах. Тем не менее в тех случаях, когда права этих кредиторов должны претерпеть изменения в соответствии с планом реструктуризации, потребуется их согласие на предлагаемые изменения.

3. Процедуры, связанные с выполнением соглашения о добровольной реструктуризации

556. Законодательство о несостоятельности может содержать положения об открытии реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности, положения о признании соглашения о добровольной реструктуризации и положения, разрешающие ускорять такое производство. Когда это действительно имеет место, следует рассмотреть такие вопросы, как определение должников, к которым такие положения могут применяться, и сторон, которые могут быть затронуты таким ускоренным производством.

a) Должники, имеющие право воспользоваться такими процедурами

557. Ускоренное реорганизационное производство может проводиться по заявлению любого должника, имеющего право открывать производство в соответствии с общими положениями законодательства о несостоятельности, касающимися реорганизации, на основании того, что он, вероятно, в целом не способен уплатить свои долги при наступлении сроков их погашения.

558. Без изменений.

b) Затрагиваемые обязательства

559. Последнее предложение изменить следующим образом:

Конкретные затрагиваемые обязательства в каждом отдельном случае будут обязательствами, указанными в плане, который должен быть признан в рамках ускоренного производства.

c) Применение законодательства о несостоятельности

560. Первое и второе предложения заменить следующим текстом:

> В законодательстве о несостоятельности, которое допускает возможность проведения ускоренного производства, потребуется определить те применимые к полномасштабному производству под надзором суда положения законодательства о несостоятельности, которые будут применяться также и к этим процедурам, особенно если в порядок их применения будут внесены изменения. Так, например, положения, которые в целом применимы к этому виду производства в том же порядке, как и в

случае полномасштабного производства под надзором суда (если они не будут изменены специально), могут включать положения по следующим аспектам: процедуры подачи заявлений; открытие производства; применение моратория; требования в отношении подготовки списка всех кредиторов (чтобы проинформировать суд, а также обеспечить определенность в отношении того, кого затрагивает и кого не затрагивает план); требования в отношения принятия плана (включая предоставление плана и соответствующей информации затрагиваемым кредиторам, определение категорий кредиторов, создание комитетов кредиторов, установление критериев большинства, необходимого для принятия плана); вступление в силу и утверждение плана, включая стандарты режима для защиты интересов несогласных кредиторов; вопросы, относящиеся к реализации плана и погашению требований.

561. Первое предложение изменить следующим образом:

Положения законодательства о несостоятельности, которые не могут применяться к ускоренному производству, могут включать положения, касающиеся назначения управляющего в деле о несостоятельности, если такое назначение специально не предусматривается планом; представления требований; требований об уведомлении и сроков голосования по принятию плана (когда такие положения включены в законодательство о несостоятельности); а также голосования по плану (поскольку оно проводится до открытия производства).

562. Без изменений.

d) Ускорение производства

563. Первое предложение изменить следующим образом:

Для того чтобы в полной мере использовать преимущества соглашения, достигнутого в результате переговоров, и избежать задержек, которые могут привести к невозможности выполнения этого соглашения, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть, помимо признания мероприятий, которые были завершены до открытия производства, как это отмечалось выше, порядок, который позволит провести ускоренное производство в более сжатые сроки, чем полномасштабное реорганизационное производство под надзором суда.

Четвертое предложение изменить следующим образом:

Например, если план был согласован и одобрен большинством кредиторов какой-либо определенной категории – как правило, институциональных кредиторов, – достаточным для соблюдения требований законодательства о несостоятельности в отношении голосования по принятию плана реорганизации, и если план не нанесет ущерба правам других кредиторов, суд может принять постановление о проведении собрания или слушаний только с участием этой конкретной категории кредиторов, принявших план.

564. Первое предложение изменить следующим образом:

Даже в том случае, если в законодательстве о несостоятельности предусматривается возможность ускоренного рассмотрения дел, отвечающих установленным критериям, весьма желательно, чтобы оно обеспечивало несогласным кредиторам и другим сторонам не меньшую степень защиты, чем та, которую законодательство о несостоятельности предоставляет несогласным кредиторам и другим сторонам при полномасштабном реорганизационном производстве под надзором суда.

565. Может потребоваться внесение изменений в другие законы в целях оказания поддержки и содействия как переговорам о добровольной реструктуризации, так и ускоренному реорганизационному производству. В качестве примера можно привести законы, которые налагают на директоров ответственность за коммерческие операции, осуществляемые во время проведения переговоров о добровольной реструктуризации; которые не признают обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода, или распространяют на эти обязательства действие положений о расторжении сделок; а также которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акционерный капитал.

Рекомендации

Содержание законодательных положений

Открытие ускоренного реорганизационного производства

146) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что ускоренное реорганизационное производство может быть открыто по ходатайству любого должника, который:

a) по всей видимости, в целом не способен уплатить свои долги при наступлении сроков их погашения;

b) участвовал в переговорах о принятии плана реорганизации и добился его принятия каждой затронутой категорией кредиторов и каждым затронутым кредитором, не входящим в голосующую категорию; и

c) без изменений.

Требования к подаче ходатайства

147) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что ходатайство об открытии ускоренного реорганизационного производства должно сопровождаться следующими дополнительными материалами:

a) планом реорганизации и заявлением о раскрытии информации;

b) описанием переговоров о добровольной реструктуризации, предшествовавших подаче ходатайства об открытии производства, включая информацию, предоставленную затронутым кредиторам, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана;

c) свидетельством о том, что незатронутые кредиторы получают выплаты в ходе обычных коммерческих операций и что план не изменяет прав или требований преференциальных кредиторов, таких как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба [без их согласия] [за исключением случаев, когда они имели возможность принять участие в голосовании по плану];

d) без изменений;

e) анализом финансового состояния или иным свидетельством, демонстрирующим, что план удовлетворяет всем применимым требованиям, касающимся реорганизации; и

f) списком членов любого комитета кредиторов, сформированного в ходе переговоров о добровольной реструктуризации.

Открытие производства

148) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что подача ходатайства об открытии производства будет означать автоматическое открытие производства или что суду необходимо будет незамедлительно вынести определение о том, удовлетворяет ли должник требованиям, изложенным в рекомендации 146, и, если удовлетворяет, открыть производство.

Последствия открытия производства

149) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что:

a) положения законодательства о несостоятельности, применимые к полномасштабному реорганизационному производству, будут также применимы к ускоренному производству, если не будет указано, что они неприменимы[98];

b) если иное не определено судом, последствия открытия производства должны распространяться только на должника, отдельных кредиторов и категории кредиторов и акционеров, права которых изменяются или которые затронуты планом;

c) без изменений; и

d) слушания по вопросу об утверждении плана судом должны быть проведены в как можно более сжатые сроки.

Уведомление об открытии производства

150) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что уведомление об открытии ускоренного производства должно направляться [затронутым] кредиторам и [затронутым] акционерам с использованием имеющихся средств. В уведомлении должно быть указано следующее:

a)–d) без изменений; и

e) воздействие плана на акционеров.

Утверждение плана

151) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что суд утвердит план, если:

a) план удовлетворяет существенным требованиям к утверждению плана в процессе полномасштабного реорганизационного производства в той мере, в какой эти требования применимы к затронутым кредиторам и затронутым акционерам;

b) уведомление и информация, предоставленные затронутым кредиторам и затронутым акционерам в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, были достаточными для того, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана, и любые запрошенные выражения согласия с планом соответствовали применимому законодательству;

---

[98] Положения законодательства, которые, как правило, не будут применяться, могут касаться следующего: полной регистрации требований; уведомления о принятии плана и его сроках; механизмов предоставления плана и заявления о раскрытии информации кредиторам и другим заинтересованным сторонам, а также получения голосов и голосования по принятию плана; назначения управляющего в деле о несостоятельности (который обычно не назначается, если того не требует план); положений о внесении поправок в план после его утверждения. Исключением из положений законодательства о несостоятельности, применимых к полномасштабному реорганизационному производству, может быть положение о том, что кредиторы, не затронутые планом, должны получать выплаты в ходе обычных коммерческих операций в течение всего периода выполнения плана.

c) незатронутые кредиторы получают платежи в ходе обычных коммерческих операций, и план не изменяет прав или требований таких преференциальных кредиторов, как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба без их согласия [за исключением случаев, когда они имели возможность принять участие в голосовании по плану]; и

d) без изменений.

Последствия утвержденного плана

152) В законодательстве о несостоятельности должно быть определено, что утвержденный судом план должен иметь последствия только для должника и тех кредиторов и акционеров, которые затрагиваются планом.

Невыполнение утвержденного плана

153) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что в случае существенного нарушения условий плана, утвержденного судом в соответствии с рекомендацией 151, производство может быть прекращено и кредиторы могут реализовать свои права в законном порядке.

II. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА

A. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать девятой сессии (Вена, 10–14 ноября 2003 года)

(A/CN.9/545) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–17
II.	Резюме обсуждений и решений	18
III.	Пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры	19–92
	Пункт 1	20
	Пункт 2	21–27
	Подпункты (a) и (b)	22–25
	Подпункт (c)	26
	Подпункт (d)	27
	Пункт 3	28–32
	Подпункт (a)	29–30
	Подпункт (b)	31–32
	Пункт 4	33–34
	Пункт 5	35–43
	Пункт 6	44–48
	Пункт 7	49–92
	Подпункт (a)	52–54
	Подпункт (a)(i)	55
	Подпункт (a)(ii)	56
	Подпункт (a)(iii)	57–58
	Подпункт (b)	59–62
	Подпункт (b)(i)	63–68
	Подпункт (b)(ii)	69–70
	Подпункт (c)	71–73
	Подпункт (d)	74–82
	Подпункт (e)	83–87
	Подпункт (f)	88–92
IV.	Пересмотренный проект статьи 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся признания и приведения в исполнение обеспечительных мер	93–112
	Пункт 1	95–102
	Пункт 2	103
	Подпункт (a)	104
	Подпункт (a)(i)	105–112

I. Введение

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии в 1999 году была представлена записка под названием "Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража" (A/CN.9/460). Приветствуя возможность обсудить вопрос о целесообразности и возможности дальнейшего развития права в области международного коммерческого арбитража, Комиссия в целом пришла к выводу, что настало время оценить обширный и позитивный опыт принятия на национальном уровне Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год), а также использования Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, и оценить в рамках универсального форума, каковым является Комиссия, приемлемость идей и предложений о совершенствовании арбитражных законов, регламентов и практики[1].

2. Комиссия поручила эту работу одной из своих рабочих групп, которая была названа Рабочей группой II (Арбитраж), и постановила, что приоритетными для Рабочей группы должны стать следующие темы: согласительная процедура[2], требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения[3], возможность приведения в исполнение обеспечительных мер[4] и возможность приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено[5].

3. На ее тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/468). Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и подтвердила мандат Рабочей группы в отношении принятия решения о времени и способе рассмотрения этих тем будущей работы. В ряде выступлений говорилось о том, что при определении приоритетности будущих пунктов своей повестки дня Рабочая группа, как правило, должна уделять особое внимание тому, что целесообразно и осуществимо, и тем случаям, когда в результате решений суда правовые аспекты ситуации остаются неясными или неудовлетворительными. К числу тем, упоминавшихся в Комиссии в качестве потенциально заслуживающих рассмотрения, помимо тем, которые в качестве таковых может определить Рабочая группа, относятся следующие: значение и последствия положения о наиболее благоприятном праве, содержащегося в статье VII Нью–йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее в тексте –"Нью–йоркская конвенция") (A/CN.9/468, пункт 109(k)); выдвижение требований в ходе арбитражного разбирательства в целях зачета и юрисдикция третейского суда в отношении таких требований (там же, пункт 107(g)); свобода сторон принимать решение о том, что в ходе арбитражного разбирательства их будут представлять лица по их выбору (там же, пункт 108(c)); остаточные дискреционные полномочия на вынесение постановления о приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от существования каких-либо оснований для отказа, перечисленных в статье V Нью–йоркской конвенции 1958 года (там же, пункт 109(i)); и полномочия третейского суда по присуждению процентов (там же, пункт 107(j)). С одобрением было отмечено, что в отношении арбитражных разбирательств в режиме "он-лайн" (т.е. таких арбитражных разбирательств, когда значительная часть арбитражных процедур или даже все такие процедуры осуществляются с использованием электронных средств

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/54/17), пункт 337.

[2] Там же, пункты 340–343.

[3] Там же, пункты 344–350.

[4] Там же, пункты 371–373.

[5] Там же, пункты 374 и 375.

передачи сообщений) (там же, пункт 113), Рабочая группа по арбитражу будет взаимодействовать с Рабочей группой по электронной торговле. Что касается возможности приведения в исполнение арбитражных решений, отмененных в государстве, где они вынесены (там же, пункт 107(m)), то было высказано мнение о том, что этот вопрос вряд ли вызовет много проблем и что не следует считать, что прецедентное право, в результате которого возник этот вопрос, дает начало какой-либо тенденции[6].

4. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия с признательностью приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей и тридцать четвертой сессий (A/CN.9/485 и A/CN.9/487, соответственно). Комиссия дала Рабочей группе высокую оценку за прогресс, достигнутый к этому моменту по обсуждаемым трем основным вопросам, а именно в том, что касается требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения, вопросов, связанных с обеспечительными мерами, и подготовки типового закона о согласительной процедуре[7].

5. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия приняла Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре и с удовлетворением приняла к сведению доклад Рабочей группы о работе ее тридцать шестой сессии (A/CN.9/508). Комиссия выразила Рабочей группе благодарность за достигнутый прогресс в рассмотрении обсуждаемых вопросов, а именно вопроса о требовании в отношении письменной формы арбитражного соглашения и вопросов, касающихся обеспечительных мер.

6. Что касается требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения, то Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрела проект типового законодательного положения, пересматривающего пункт 2 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (см. A/CN.9/WG.II/WP.118, пункт 9), а также обсудила проект документа о толковании пункта 2 статьи II Нью–йоркской конвенции (там же, пункты 25 и 26). Комиссия отметила, что Рабочая группа не достигла консенсуса по вопросу о том, следует ли подготовить протокол о поправках или же документ о толковании Нью–йоркской конвенции, и что оба эти варианта должны оставаться открытыми для рассмотрения Рабочей группой или Комиссией на более позднем этапе. Комиссия приняла к сведению решение Рабочей группы разработать руководящие положения, касающиеся толкования и применения требований в отношении письменной формы, установленных в Нью–йоркской конвенции, с целью достижения большей степени единообразия. Ценным вкладом в достижение этой цели могло бы явиться руководство по принятию проекта новой статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже, который Секретариату было предложено подготовить для будущего рассмотрения Рабочей группой и в котором благоприятным образом устанавливалась бы связь между новыми положениями и Нью–йоркской конвенцией, до принятия Рабочей группой окончательного решения о наилучших путях урегулирования вопроса, касающегося применения статьи II (2) Нью–йоркской конвенции (A/CN.9/508, пункт 15). Комиссия поддержала мнение о том, что государствам–членам и государствам, принимающим участие в обсуждениях в рамках Рабочей группы в качестве наблюдателей, следует предоставить достаточное время для проведения консультаций по этим важным вопросам, включая возможность продолжения рассмотрения вопроса, касающегося значения и последствий положения о наиболее благоприятном праве, содержащегося в статье VII Нью–йоркской конвенции, как это отмечалось Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. Комиссия высказала мнение о том, что для этих целей Рабочей группе, возможно, желательно отложить рассмотрение вопросов, касающихся

[6] Там же, *пятьдесят пятая сессия*, *Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 396.
[7] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 312–314.

требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения и Нью–йоркской конвенции.

7. В отношении вопросов, касающихся обеспечительных мер, Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрела проект текста о пересмотре статьи 17 Типового закона (A/CN.9/WG/II/WP.119, пункт 74) и что Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект положений на основе результатов обсуждений в Рабочей группе для рассмотрения на одной из будущих сессий. Кроме того, отмечалось, что пересмотренный проект новой статьи, подготовленный Секретариатом для включения в Типовой закон и касающийся приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом (там же, пункт 83), будет рассмотрен Рабочей группой на ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/508, пункт 16)[8].

8. На своей тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) Рабочая группа обсудила вопрос об обеспечительных мерах, предписываемых третейским судом, на основе предложения Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.II/WP.121) и записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.119). Рабочая группа провела также краткое обсуждение по вопросу о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе записки, подготовленной Секретариатом. В связи с этим Соединенные Штаты представили еще одно редакционное предложение (A/CN.9/523, пункты 14, 78 и 79).

9. На своей тридцать восьмой сессии (Нью–Йорк, 12–16 мая 2003 года) Рабочая группа обсудила вопрос о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, решение о которых вынесено третейским судом, а также рассмотрела проект положения, устанавливающего полномочия суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект, который будет содержать варианты, обсужденные Рабочей группой.

10. На своей тридцать шестой сессии (Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года) Комиссия согласилась с тем, что работа над всеми темами, а именно письменной формой арбитражных соглашений и различными вопросами, рассматриваемыми в области обеспечительных мер, вряд ли может быть завершена к тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году. Комиссия выразила понимание, что Рабочая группа в приоритетном порядке рассмотрит вопрос об обеспечительных мерах, и отметила точку зрения о том, что вопрос об обеспечительных мерах ex parte, который, по общему мнению Комиссии, по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать ход работы по этой теме[9].

11. Рабочая группа по арбитражу, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тридцать девятую сессию в Вене с 10 по 14 ноября 2003 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Германии Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Италии, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Мексики, Российской Федерации, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Уругвая, Франции, Швеции и Японии.

12. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Албании, Алжира, Аргентины, Венесуэлы, Дании, Зимбабве, Ирландии, Йемена, Катара, Кипра, Коста–Рики, Кубы, Кувейта, Ливана,

[8] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 312–314.

[9] Там же, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/58/17), пункт 203.

Нигерии, Пакистана, Панамы, Перу, Польши, Республики Корея, Словакии, Турции, Украины, Финляндии, Хорватии и Швейцарии.

13. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих межправительственных организаций: Гаагской конференция по частному международному праву, Международного союза нотариусов романских языков (МСНРЯ), Консультативного комитета по статье 2022 НАФТА и Постоянной палаты третейского суда (ППТС).

14. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных неправительственных организаций, приглашенных Комиссией: Американской арбитражной ассоциации (ААА), Арабского союза международного арбитража, Каирского регионального центра по международному коммерческому арбитражу, Центра международных юридических исследований (ЦМЮИ), Совета коллегий адвокатов Европейского союза (СКЕС), Международного совета по торговому арбитражу (МСТА), Арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП), Ассоциации "Мут Алумни", Регионального арбитражного центра Куала–Лумпур, Школы международного арбитража, Высшего института арбитров, Клуба арбитров и Европейской ассоциации студентов–юристов (ЕАСЮ).

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария АБАСКАЛЬ САМОРА (Мексика)

Докладчик: г-жа Вилаван МАНГКЛАТАНАКУЛ (Таиланд).

16. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: a) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.124); b) записка Секретариата, содержащая пересмотренный текст проекта положения о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/WG.II/WP.123); c) новый пересмотренный проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, подготовленный в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать восьмой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.125); d) доклады Рабочей группы о работе ее тридцать седьмой и тридцать восьмой сессий (A/CN.9/523 и 524).

17. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Расписание заседаний
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка единообразных положений об обеспечительных мерах для включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

II. Резюме обсуждений и решений

18. Рабочая группа обсудила пункт 4 повестки дня на основе текста, содержащегося в записках, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.123 и 125). Итоги обсуждений и выводы Рабочей группы по этому пункту отражены в главах III и IV ниже. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект ряда положений на основе результатов обсуждений и выводов Рабочей группы.

III. Пересмотренный проект статьи 17 Типового закона Юнситрал о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры

19. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 17:

"1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, предписать обеспечительные меры.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым производится окончательное урегулирование спора, третейский суд предписывает сторонам:

a) поддерживать или восстановить статус–кво до вынесения решения об урегулировании спора [, с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения];

b) принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать такой ущерб [, с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения];

c) предоставить в предварительном порядке средства обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено последующее решение; или

[d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально–правовое значение для урегулирования спора.]

3) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, [демонстрирует] [показывает] [доказывает] [устанавливает], что:

a) будет причинен непоправимый вред, если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который будет причинен стороне, затрагиваемой такой мерой, если такая мера будет предписана; и

b) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения.

4) [С учетом положений пункта 7(b)(ii),] [за исключением случаев, когда предоставление обеспечения является обязательным в соответствии с пунктом 7(b)(ii),] третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

5) Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру [с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств].

6) Запрашивающая сторона с момента представления просьбы незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых эта сторона запрашивала или третейский суд предписал обеспечительную меру.

7) a) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может [, в исключительных обстоятельствах,] предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], если:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

ii) соблюдаются условия, изложенные в пункте 3; и

iii) запрашивающая сторона показывает, что необходимо действовать таким образом для обеспечения того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона:

i) несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые такой мерой стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]; и

ii) предоставляет обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей [, в отношении любых издержек и потерь, упомянутых в подпункте (i),] [в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом].

[c) [В целях избежания сомнений] третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения [подпункта (b)] выше или в связи в этим подпунктом.]

[d) Стороне, [в отношении которой принимается обеспечительная мера] [затрагиваемой принятой мерой], в соответствии с настоящим пунктом, направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом [, если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры,] [в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах].]

[e) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней [с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры] [с даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны], и этот срок не может быть продлен. Настоящий подпункт не затрагивает полномочий третейского суда предписывать, подтверждать, продлевать или изменять обеспечительную меру в соответствии с пунктом 1 после того, как стороне [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения.]

[f] Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд о всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]"

Пункт 1

20. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

Исчерпывающий характер перечня функций, характерных для обеспечительных мер

21. Рабочая группа напомнила, что на своей тридцать седьмой сессии она согласилась с необходимостью абсолютно ясного указания на то, что перечень обеспечительных мер, упоминающихся в различных подпунктах, не предполагалось сделать исключительным (A/CN.9/508, пункт 71). Рабочая группа отметила, что этот перечень в пересмотренном варианте носит, как представляется, исчерпывающий характер. Она перешла к рассмотрению вопроса о том, охватывает ли нынешняя формулировка все теоретически возможные основания, обуславливающие необходимость в вынесении обеспечительных мер. Было высказано мнение о том, что может быть добавлен пункт, оставляющий открытой возможность для третейского суда предписать обеспечительную меру в исключительных обстоятельствах, не охватываемых нынешней формулировкой пункта 2. Хотя в отношении этого предложения была высказана определенная поддержка, широкое распространение получило мнение о том, что необходимости в предложенном добавлении не имеется. Было напомнено, что в данном пункте в его предыдущей редакции предпринималась попытка перечислить все обеспечительные меры, в то время как в нынешней формулировке используются широкие построенные по родовому признаку категории, описывающие функции или цели различных обеспечительных мер, без концентрации внимания на каких-либо конкретных мерах. Таким образом, в нынешнем проекте используется гибкий подход, охватывающий все возможные обстоятельства, при которых могут испрашиваться обеспечительные меры. Было также указано, что предпочтительной являлась бы подготовка исчерпывающего основывающегося на родовом признаке перечня, поскольку это позволило бы обеспечить ясность в отношении полномочий третейского суда, а также, возможно, более значительную определенность для судов общей юрисдикции на этапе признания или приведения в исполнение обеспечительной меры. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что, поскольку все цели обеспечительных мер в целом охвачены пересмотренным перечнем, содержащимся в пункте 2, необходимости в придании этому перечню неисчерпывающего характера более не имеется.

Подпункты (a) и (b)

"[с тем, чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения]"

22. Было предложено исключить заключенный в квадратные скобки текст в подпунктах (a) и (b): "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения". В поддержку этого предложения было указано, что в пункте 2 содержится определение обеспечительной меры, а не устанавливаются условия, необходимые для ее вынесения, поскольку эти условия излагаются в пункте 3 проекта статьи. Было указано, что сохранение в подпунктах (a) и (b) текста, заключенного в квадратные скобки, может быть истолковано как налагающее дополнительное условие, которое должно быть соблюдено до вынесения обеспечительной меры. Кроме того, было указано на возможность существования обстоятельств, когда обеспечительная мера может быть испрошена для иных целей, чем обеспечение или повышение эффективности последующего решения, например, когда одна из сторон испрашивает обеспечительную меру с тем, чтобы не допустить обострения спора другой стороной путем возбуждения производства в другом форуме. Рабочая группа

согласилась с исключением заключенного в квадратные скобки текста в подпунктах (a) и (b).

"поддерживать или восстановить статус–кво"

23. Было предложено объединить подпункты (a) и (b), поскольку необходимость поддерживать или восстанавливать статус–кво следует рассматривать лишь как подкатегорию более широкой группы обстоятельств, когда обеспечительная мера необходима для предупреждения ущерба стороне, обращающейся за вынесением такой обеспечительной меры. Был задан вопрос более общего плана, заключающийся в том, следует ли рассматривать поддержание или восстановление статуса–кво в качестве естественной функции третейского суда в отсутствие любых обстоятельств, охватываемых подпунктом (b). В то же время решительная поддержка была высказана мнению о необходимости сохранения подпункта (a), в котором излагается концепция поддержания статуса–кво, поскольку эта концепция широко используется и прекрасно понимается во многих системах в качестве одной из целей предписания обеспечительной меры.

"*нынешний или неизбежный будущий ущерб*"

24. Было высказано мнение, что если Рабочая группа согласится с исключением текста, заключенного в квадратные скобки в подпункте (b), то в результате останется весьма широкое определение, содержащее ссылку на ущерб, без какого-либо указания на характер такого ущерба или на лицо, которое его понесет. Было высказано предположение о том, что это может привести к вынесению третейскими судами обеспечительных мер, которые не будут поддержаны судами общей юрисдикции, а также может способствовать прениям сторон в суде, рассматривающем ходатайство о приведении в исполнение, по вопросу о том, наличие какого ущерба является необходимым. После обсуждения Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что, хотя между подпунктами (a) и (b) и существует, несомненно, определенное дублирование, сохранение обоих подпунктов вряд ли может причинить какой-либо вред и может, кроме того, рассматриваться в качестве особенно полезного в ряде правовых систем.

25. Был задан вопрос о том, является ли уместным использование в подпункте (b) слов "нынешний или неизбежный будущий ущерб" и не приведут ли они к проблемам доказывания с учетом того, что в момент обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры часто не имеется достаточных фактов, доказывающих, что если та или иная конкретная мера не будет принята или если та или иная сторона не воздержится от ее принятия, то это неизбежно повлечет за собой ущерб. Было высказано предположение о том, что эту обеспокоенность можно было бы снять с помощью использования таких слов, как "по всей вероятности, вызовут" или "могли бы вызвать". Ряд делегаций выразили обеспокоенность тем, что подобная формулировка может установить пороговое требование для получения обеспечительной меры на слишком низком уровне и может привести к наделению третейского суда слишком широкой свободой усмотрения в вопросе о вынесении обеспечительных мер. После обсуждения Рабочая группа, однако, приняла решение о замене в тексте на английском языке слов "would cause" словами "is likely to cause".

Подпункт (c)

26. Была высказана просьба о разъяснении относительно содержания подпункта (c), и в частности относительно использования слов "обеспечения активов". Было указано, что эта формулировка может быть неверно истолкована как требующая предоставления юридических гарантий или обеспечения. Рабочая группа согласилась с тем, что эта формулировка касается просто обеспечения наличия активов и не должна во всех случаях толковаться как

требующая юридических гарантий или обеспечения. Рабочая группа в целом пришла к мнению о том, что в подпункте (c) предполагается указать на сохранение активов. Рабочая группа приняла к сведению предложение о том, чтобы редакционная группа, которая на более позднем этапе будет создана Секретариатом для обеспечения соответствия между текстами на различных языках, рассмотрела возможность использования вместо слов "обеспечения активов" формулировки "сохранения активов" или каких-либо других аналогичных слов. Рабочая группа также приняла к сведению мнение о том, что слово "предварительный" в подпункте (c) является излишним, потенциально может ввести в заблуждение и что его следует исключить.

Подпункт (d)

27. Рабочая группа напомнила о том, что подпункт (d) пересмотренного проекта на тридцать седьмой сессии не обсуждался. Было решено сохранить содержание подпункта (d) и снять квадратные скобки. Хотя было высказано мнение о том, что для некоторых правовых систем подпункт (d) является излишним, текст был сочтен важным, поскольку вопрос о сохранении доказательств не обязательно достаточно полно регулируется внутренними нормами гражданской процедуры во всех странах.

Пункт 3

"[демонстрирует] [показывает] [доказывает] [устанавливает]"

28. Рабочая группа напомнила, что на ее тридцать восьмой сессии была выражена обеспокоенность в связи с тем, что слово "демонстрирует", использованное во вступительной формулировке данного пункта, может предполагать установление высокого стандарта доказывания. Было напомнено, что аналогичное обсуждение состоялось на тридцать шестой сессии Рабочей группы и что вместо этого слова было предложено использовать такие глаголы, как "показать", "доказать" и "установить", хотя Рабочая группа и не приняла какого-либо решения по этому вопросу (A/CN.9/508, пункт 58). На нынешней сессии Рабочая группа согласилась с тем, что редакцию вводной части пункта 3 следует изменить, с тем чтобы лучше отразить намерение Рабочей группы использовать нейтральную формулировку стандарта доказывания. Была предложена примерно следующая формулировка: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что …". Предложенная формулировка получила широкую поддержку. В качестве альтернативного редакционного предложения было предложено использовать следующие слова: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, представляет доказательства того, что …". Было выражено мнение, что могла бы быть использована еще более нейтральная формулировка примерно следующего содержания: "Арбитражный суд удостоверится в том, что …". В ответ было указано, что, хотя нейтральный подход в том, что касается *стандарта* доказывания, является желательным, в данном положении необходимо четко установить, что *бремя* убеждения третейского суда в соблюдении условий для предписывания обеспечительной меры должно лежать на испрашивающей стороне. После обсуждения Рабочая группа решила использовать слова "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что …".

Подпункт (a)

"непоправимый вред"

29. Была выражена обеспокоенность относительно использования термина "непоправимый вред". Было высказано мнение, что в коммерческом контексте большинство последствий может быть исправлено путем уплаты денежной компенсации и что термин "непоправимый вред" является, возможно, слишком узким. Альтернативные предложения сводились к тому, чтобы сослаться на

"значительный", "исключительный" или "существенный" ущерб. В то же время было указано, что концепция "непоправимого вреда" хорошо известна во многих правовых системах и что доказывание такой ситуации является обычным предварительным условием для вынесения обеспечительной меры. Обеспечительные меры представляют собой исключительную форму правовой помощи, оказываемой в тех случаях, когда компенсация убытков может и не являться надлежащей альтернативной мерой. Рабочая группа согласилась с тем, что данную формулировку следует сохранить, включив, возможно, пояснительное примечание в сопровождающее Типовой закон руководство относительно толкования термина "непоправимый вред". Было, однако, признано, что концепции непоправимого вреда могут быть даны различные толкования. По мнению некоторых делегаций, этот термин должен использоваться только применительно к действительно невосполнимому ущербу, например к утрате бесценного произведения искусства. По мнению других делегаций, концепция "непоправимого вреда" используется для описания особенно серьезных категорий убытков, превышающих ущерб, который сторона, против которой запрашивается обеспечительная мера, может, как ожидается, понести, если такая мера будет действительно вынесена. Рабочая группа отметила, что это обсуждение, возможно, потребуется возобновить на более позднем этапе.

"будет причинен"

30. Рабочая группа напомнила, что в контексте обсуждения пункта 2 было принято решение о том, что в данном проекте положения следует предпринять попытку избежать создания проблем доказывания, которые могут возникнуть с учетом того, что в момент подачи ходатайства об обеспечительной мере часто не будет иметься достаточных фактов для доказывания того, что если какая-либо конкретная мера не будет принята или если сторона не воздержится от ее принятия, то неизбежно будет причинен ущерб. По этой причине в пункте 2 текста на английском языке слова "would cause" были заменены словами "is likely to cause" (см. пункт 25 выше). В силу аналогичных причин было принято решение заменить слова "будет причинен" в подпункте (a) пункта 3 словами "может быть причинен".

Подпункт (b)

"добьется успеха"

31. Было высказано мнение о том, что аналогичное изменение следует внести и в подпункт (b) в том, что касается слов "добьется успеха", которые могли бы быть заменены словами "может добиться успеха". После обсуждения было достигнуто общее согласие с тем, что в предложенном изменении необходимости не имеется с учетом того факта, что вступительная формулировка "существует разумная возможность" уже обеспечивает требуемый уровень гибкости.

"при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения"

32. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности сохранения в подпункте (b) условной оговорки о том, что "любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения". Было указано, что в интересах упрощения редакции эту формулировку следует исключить и поместить в содержащее пояснения руководство к Типовому закону. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что сам текст Типового закона должен обеспечивать руководящие указания для арбитров и обеспечивать их необходимой уверенностью в случаях, когда они должны принять решение о

предписании обеспечительной меры. После обсуждения было решено сохранить содержание этой условной оговорки.

Пункт 4

33. В основе этого пункта лежит идея о том, что в отношении мер *inter partes* возможное требование о предоставлении обеспечения должно выдвигаться по усмотрению третейского суда (A/CN.9/523, пункт 46). С тем чтобы пояснить, что цели создания возможности избежать предоставления обязательного обеспечения применительно к обеспечительным мерам *ex parte* не преследовалось (A/CN.9/523, пункт 46), в пересмотренный проект в квадратных скобках были включены два альтернативных текста.

34. Рабочая группа рассмотрела пункт 4 и пришла к мнению о том, что формулировка в квадратных скобках не является необходимой и должна быть исключена, поскольку в оставшемся тексте пункта 4 четко устанавливается, что третейский суд при любых обстоятельствах сохраняет право потребовать предоставления обеспечения в качестве условия вынесения решения об обеспечительной мере.

Пункт 5

"изменить или прекратить"

35. Было высказано мнение, что в интересах полноты изложения и повышения согласованности между проектами статей 17 и 17 бис слова "изменить или прекратить" следует заменить формулировкой "изменить, приостановить или прекратить". Рабочая группа согласилась с этим предложением.

"[с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств]"

36. Хотя сохранению заключенной в квадратные скобки формулировки ("[с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств]") была выражена определенная поддержка, широкое распространение получило мнение о том, что эти слова являются излишними. В числе доводов в пользу исключения этих слов указывалось, что арбитры, как правило, разъясняют в тексте своего решения причины, которыми они руководствовались при вынесении решения о предписании обеспечительной меры. Было также сочтено, что заключенную в квадратные скобки формулировку следует исключить, поскольку она может быть неверно истолкована как неоправданно ограничивающая свободу усмотрения арбитров при вынесении решения о предписании обеспечительной меры. После обсуждения Рабочая группа приняла решение об исключении формулировки, которая приводится в квадратных скобках.

Изменение обеспечительной меры по инициативе третейского суда

37. Были выражены различные взгляды по вопросу о том, может ли обеспечительная мера быть изменена или прекращена третейским судом только по просьбе одной из сторон или же такое изменение или прекращение могут быть предписаны третейским судом, действующим по своей собственной инициативе. Одна из точек зрения заключалась в том, что в тексте проекта статьи 17 следует с полной ясностью указать, что третейский суд может действовать только по ходатайству одной из сторон. Было указано, что сторона, которая обратилась за вынесением обеспечительной меры и ходатайство которой было удовлетворено, может с законными основаниями ожидать, что мера будет создавать предполагаемые последствия в течение ее предполагаемого срока действия. В этом контексте обеспечительная мера, предписанная по просьбе стороны, может быть прекращена только по ходатайству этой стороны. В более общем плане было указано, что подобная норма является необходимой для обеспечения соответствия с принципом согласительного характера арбитражного разбирательства, как он понимается во многих странах. Было

указано, что если третейский суд, действующий по своей собственной инициативе, примет решение о прекращении обеспечительной меры, вынесенной по просьбе одной из сторон, то это может быть истолковано как ненадлежащая защита интересов другой стороны, что будет являться нарушением принципа беспристрастности, который должен строго соблюдаться третейским судом.

38. В то же время была высказана противоположная точка зрения, состоявшая в том, что необходимо предусмотреть определенную свободу усмотрения для третейского суда, с тем чтобы предоставить ему возможность исправить потенциально тяжкие последствия обеспечительной меры, особенно в случаях, когда основанием для вынесения такой меры явились, как представляется, ошибка или мошеннические действия. Было указано, что полезный прецедент содержится в статье 33(2) Типового закона, в которой применительно к решению по существу дела указывается, что "арбитражный суд в течение 30 дней, считая с даты решения, может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в пункте 1(a) настоящей статьи".

39. С целью примирения различных мнений по этому вопросу было предложено изменить порядок следования пунктов 5 и 6. Было указано, что если пункт 6 будет помещен перед пунктом 5, то это позволит должным образом подчеркнуть обязательство сторон информировать третейский суд о любых изменениях в обстоятельствах, на основе которых была предписана обеспечительная мера. Рабочая группа в целом согласилась с этим мнением. Кроме того, были сделаны различные предложения по улучшению нынешнего текста пункта 5. Одно из мнений заключалось в том, что третейскому суду следует разрешить изменять или прекращать обеспечительную меру по его собственной инициативе только в том случае, когда третейский суд был прямо наделен таким правом в силу ранее заключенного соглашения сторон. Рабочая группа приняла к сведению это мнение. Другое предложение состояло в том, чтобы заменить нынешний текст пункта 5 следующим:

> "Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон".

40. Предложенный текст получил широкую поддержку. В то же время было высказано мнение о том, что с тем, чтобы не наделять третейский суд слишком широкими дискреционными полномочиями по принятию решений по его собственной инициативе, в пункте 5 следует четко указать, что, хотя при обычных обстоятельствах обеспечительная мера может быть прекращена или изменена только по ходатайству одной из сторон, особые обстоятельства могут оправдывать изменение или прекращение обеспечительной меры третейским судом по его собственной инициативе. С этой целью было предложено заменить слова "или по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон" в предложенном тексте словами "или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон". Была высказана точка зрения о том, что ссылка на "исключительные обстоятельства" является, возможно, излишне ограничительной. Было выражено мнение, что предпочтительной могла бы стать более широкая формулировка примерно следующего содержания: "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств" (см. пункт 36 выше). В то же время после обсуждения Рабочая группа постановила изменить нумерацию пункта 5 на пункт 6 и дать его в следующей редакции:

> "Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон".

41. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что пересмотренный текст данного пункта может быть неверно истолкован как устанавливающий право третейского суда прекращать или изменять обеспечительные меры, вынесенные другим третейским судом или государственным судом. В целом было достигнуто согласие с тем, что в это положение следует внести дополнительные изменения для разъяснения вопроса о том, что независимо от того, действует ли третейский суд по ходатайству какой-либо стороны или по своей собственной инициативе, он может изменять или прекращать обеспечительные меры, предписанные только самим этим третейским судом. К Секретариату была обращена просьба отразить это общее понимание Рабочей группы при подготовке пересмотренного текста для дальнейшего рассмотрения на следующей сессии.

Ситуация, когда ответчик возражает против компетенции третейского суда

42. Был задан вопрос о последствиях пункта 5 применительно к полномочиям третейского суда изменять обеспечительную меру, уже вынесенную этим судом, в ситуации, когда ответчик не соглашается с компетенцией третейского суда. Было указано, что этот вопрос поднимает более широкую проблему, касающуюся положения ответчика, заявившего возражение против подсудности дела третейскому суду по существу, однако желающего воспрепятствовать вынесению промежуточного решения или стремящегося изменить его. Широкую поддержку получило мнение о том, что в подобной ситуации ответчик не должен рассматриваться как снявший свое возражение против компетенции третейского суда лишь в силу того, что он предстал перед судом в связи с вынесением промежуточного решения. С тем чтобы отразить этот принцип в проекте статьи 17, был предложен следующий текст:

"6 бис

a) Когда сторона, против которой подано такое ходатайство или вынесено промежуточное решение, возражает против компетенции третейского суда применительно к [существу требования, заявленного] [требованию, заявленному] против нее [в рамках арбитражного разбирательства], или не соглашается с такой компетенцией, такая сторона может

i) возразить против ходатайства, или

ii) просить третейский суд осуществить его полномочия [по изменению и т.д.] согласно пункту 5,

не снимая тем самым возражения против компетенции третейского суда в отношении [существа] требования или не подчиняясь его юрисдикции.

b) В подобном случае третейский суд может осуществить свои полномочия [по изменению и т.д.] согласно пункту 5 независимо от того, что никакой просьбы [об этом] не было подано стороной, против которой было вынесено промежуточное решение".

43. Рабочая группа приняла к сведению это предложение. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что этот пункт в редакции, пересмотренной с целью создания возможности для изменения или прекращения обеспечительной меры по инициативе третейского суда в исключительных обстоятельствах (см. пункты 40 и 41 выше), достаточным образом учитывает вышеизложенную обеспокоенность.

Пункт 6

Изменение нумерации пунктов

44. По причинам, изложенным в контексте обсуждения пункта 5 (пункт 39 выше), Рабочая группа постановила изменить нумерацию пункта 6 на пункт 5, а пункта 5 – на пункт 6.

Сообщение информации обеим сторонам

45. Была выражена обеспокоенность тем, что в пункте 6 не предусматривается требование о том, чтобы запрашивающая сторона уведомляла другую сторону о существенном изменении обстоятельств. Рабочая группа отметила, что в пункте 3 статьи 24 Типового закона предусматривается, что "все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть переданы другой стороне". Кроме того, в статье 16 Типового закона предусматривается, что "к сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции". Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что повторное изложение этих принципов в проекте пункта 6 может создать неблагоприятные последствия и что этот вопрос следовало бы рассмотреть в комментарии к Типовому закону. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что, независимо от обязательств, уже устанавливаемых в статьях 24(3) и 18 Типового закона, было бы полезно прямо оговорить в пункте 6, что вся информация, представляемая третейскому суду согласно этому пункту одной стороной, должна сообщаться также и другой стороне.

"с момента представления просьбы"

46. Было предложено исключить слова "с момента представления просьбы" с учетом того факта, что момент возникновения обязанности информировать с очевидностью вытекает из оставшейся части текста данного пункта, а именно из слов "на основании которых эта сторона запрашивала или третейский суд предписал обеспечительную меру". Далее было высказано мнение о том, что для разъяснения обязанности информировать слово "запрашивала" следовало бы заменить словами "представила просьбу". Рабочая группа согласилась исключить слова "с момента представления просьбы" и заменить слово "запрашивала" формулировкой "представила просьбу".

"изменение обстоятельств"

47. Было высказано мнение, что в интересах обеспечения последовательности формулировка, используемая применительно к полномочиям третейского суда по изменению или прекращению обеспечительной меры "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств", должна быть согласована с формулировкой, используемой в пункте 6 применительно к обязанности запрашивающей стороны информировать "о любом существенном изменении обстоятельств". В то же время в этой связи было напомнено о том, что слова "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств" были исключены из пункта 5 Рабочей группой (см. пункт 36 выше).

Ответственность запрашивающей стороны

48. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в отличие от подпункта 7(d), в котором устанавливается императивное требование о предоставлении обеспечения стороной, ходатайствующей о вынесении приказа *ex parte*, для покрытия возможных убытков, причиненных предписанной мерой, в контексте обеспечительных мер *inter partes*, которые, как это оказывается впоследствии, были вынесены неоправданно, никакого положения об ответственности не предусматривается. Рабочая группа согласилась отложить

обсуждение вопроса об ответственности за необоснованное предписание обеспечительных мер в контексте производства *inter partes* до более позднего этапа в своей работе.

Пункт 7

Общие замечания

49. Рабочая группа отметила, что на тридцать седьмой сессии подробно обсуждался вопрос о целесообразности включения положения, разрешающего третейским судам предписывать обеспечительные меры *ex parte*, и что были высказаны противоположные мнения о целесообразности рассмотрения этого вопроса в проекте статьи 17 (A/CN.9/523, пункты 16–27). Рабочая группа напомнила также, что на своей тридцать шестой сессии Комиссия отметила точку зрения о том, что вопрос об обеспечительных мерах ex parte, который, общему по мнению Комиссии, по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать ход работы по завершению подготовки проекта статьи 17 (A/58/17, пункт 203).

50. Были высказаны серьезные возражения против обсуждения текста пункта 7, прежде чем будет рассмотрен вопрос о том, следует ли, в качестве общего принципа, предусмотреть в пересмотренном варианте Типового закона возможность предписания обеспечительных мер третейским судом *ex parte*. Тем не менее внимание Рабочей группы было вновь обращено на то, что на ее тридцать седьмой сессии широкую поддержку получило мнение, что при условии укрепления и расширения защитительных оговорок положение об обеспечительных мерах *ex parte* может оказаться приемлемым (A/CN.9/523, пункт 27). На этой основе Рабочая группа решила продолжить рассмотрение текста и после этого обсудить вопрос о том, следует, в качестве общего принципа, сохранить в проекте статьи 17 положение об обеспечительных мерах *ex parte*.

51. Было внесено предложение добавить в подпункт 7(a), для охвата вопроса о юрисдикционных иммунитетах государств и их имущества, новую формулировку примерно следующего содержания: "Настоящий подпункт не наносит ущерба иммунитетам, которыми пользуются государства и их различные органы согласно международному праву применительно к обеспечительным мерам".

Подпункт (a)

Согласие или отказ сторон

52. С учетом существующей формулировки полномочия предписывать обеспечительные меры являются действительными, "если стороны не договорились об ином". Было предложено исключить эти слова из текста и заменить их словами "если стороны прямо договорились об этом". Было указано, что предложенная формулировка в большей степени содействует сохранению консенсуального характера арбитражного разбирательства. Было высказано мнение о том, что подобный подход, который предусматривает, что стороны "соглашаются на применение" положения, допускающего обеспечительные меры *ex parte*, в большей степени соответствуют ожиданиям сторон арбитражного разбирательства, поскольку положения о мерах *ex parte* прямо не предусматриваются во многих национальных законах об арбитраже. Рабочая группа приняла к сведению это предложение, которое получило определенную поддержку. Было указано, что информация, собранная одним из крупных международных арбитражных центров за многие годы, свидетельствует о том, что стороны никогда не запрашивали обеспечительных мер *ex parte*.

"в исключительных обстоятельствах"

53. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения заключенных в квадратные скобки слов "в исключительных обстоятельствах". Было высказано мнение о том, что эти слова являются излишними и их следует исключить, поскольку обстоятельства, перечисленные в подпунктах (a) (i)–(iii), относятся только к исключительным обстоятельствам. В качестве альтернативы исключению было предложено сохранить слова "в исключительных обстоятельствах" при условии внесения в текст надлежащего разъяснения о том, что "исключительные обстоятельства" означают те обстоятельства, которые перечислены в подпунктах (a) (i)–(iii). Такое разъяснение, как отмечалось, необходимо для того, чтобы не создавалось впечатления, что ссылку на "исключительные обстоятельства" следует рассматривать в качестве положения, устанавливающего еще одно условие в отношении предписания обеспечительных мер *ex parte* в дополнение к тем условиям, которые уже перечислены в подпунктах (a) (i)–(iii). Противоположное мнение заключалось в том, что эти слова следует сохранить, с тем чтобы подчеркнуть, что меры *ex parte* следует предписывать в действительно исключительных обстоятельствах. В поддержку этого мнения было указано, что обстоятельства, перечисленные в подпункте (a), отнюдь не обязательно являются исключительными. Рабочая группа не достигла консенсуса по этому вопросу и решила сохранить слова "в исключительных обстоятельствах" в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

"[в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой]"

54. Рабочая группа решила, что словам "в отношении которой принимается такая мера" следует отдать предпочтение по сравнению со словами "затрагиваемой такой мерой". Было указано, что вторая формулировка не является ясной с учетом того, что обеспечительная мера потенциально может "затрагивать" множество сторон. С учетом этого решения было высказано мнение о том, что формулировку, использованную в пункте 3(a) и в других частях проекта статьи 17, возможно, необходимо будет в некоторых случаях пересмотреть для обеспечения соответствия в терминологии.

Подпункт (a)(i)

55. Рабочая группа сочла содержание подпункта (a)(i) в целом приемлемым.

Подпункт (a)(ii)

56. Рабочая группа решила заменить в тексте на английском языке слово "circumstances" словом "conditions", с тем чтобы лучше отразить характер перечня, содержащегося в пункте 3. Было высказано мнение о том, что подпункт (a)(ii), который касается только "условий, изложенных в пункте 3", может быть неправильно истолкован в качестве положения, исключающего применение пунктов 5 и 6 в отношении обеспечительных мер *ex parte*. Было вновь указано, что подпункт (a)(ii) был включен, для того чтобы избежать любых сомнений в отношении того, что все предварительные условия, применимые к предписанию обеспечительных мер *inter partes*, должны применяться также в отношении обеспечительных мер, которые предписываются *ex parte*. Было указано, что если подчеркивание этого момента порождает сомнения в отношении применимости других пунктов, то подпункт (a)(ii) следует исключить. Рабочая группа не приняла окончательного решения по этому вопросу и отметила, что его обсуждение, возможно, необходимо будет продолжить на более позднем этапе.

Подпункт (a)(iii)

57. Было высказано мнение о том, что слова "запрашивающая сторона показывает" следует привести в соответствие с измененным текстом, который был согласован для вводной формулировки пункта 3, которая предусматривает, что "запрашивающая сторона убеждает третейский суд в том, что" (см. пункт 28 выше). В отношении этого предложения были высказаны определенные возражения на том основании, что для обеспечительных мер *ex parte* следует предусмотреть более высокий стандарт доказывания. Рабочая группа не приняла окончательного решения по этому вопросу и отметила, что его обсуждение, возможно, будет необходимо продолжить на более позднем этапе.

58. Было внесено предложение перенести слова "запрашивающая сторона доказывает" или любую другую формулировку, которая может быть согласована, во вступительную часть пункта 7(a) с тем, чтобы ясно показать, что они относятся ко всем элементам этого пункта, а не только к подпункту (a)(iii). Рабочая группа приняла это положение к сведению.

Подпункт (b)

Общие замечания

59. Рабочая группа напомнила, что на ее тридцать седьмой сессии было принято решение, чтобы в пересмотренном проекте придать требованию о том, что сторона, запрашивающая меры, должна предоставить обеспечение, императивный характер и чтобы запрашивающая сторона рассматривалась как несущая строгую ответственность за убытки, причиненные ответчику необоснованной мерой (A/CN.9/523, пункт 31).

60. Был задан вопрос о том, следует ли предусмотреть применение общего положения об ответственности не только к обеспечительным мерам, предписанным на основании *ex parte*, но также и к тем, которые были вынесены на основе *inter partes*. В поддержку установления такого общего положения об ответственности было указано, что в любом случае та или иная конкретная мера может быть в конечном итоге сочтена необоснованной и наносящей ущерб ответчику. В то же время определенные возражения были заявлены против мнения о том, что подпункт (b)(i) должен в целом применяться как к мерам *ex parte*, так и к мерам *inter partes*. Было указано, что строгая ответственность, налагаемая согласно подпункту (b)(i), является уместной с учетом природы мер *ex parte* и в результате рисков, неотъемлемо присущих такой процедуре. В то же время было отмечено, что вопросы вины или неверного изложения фактов применительно к режиму *inter partes* могут регулироваться национальными процессуальными нормами. В качестве общего замечания было указано, что сфера применения подпункта (b)(i) должна ограничиваться установлением базовых принципов режима ответственности, без какого-либо подробного регулирования материально–правовых вопросов, охватываемых национальным законодательством. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что на ее следующей сессии обсуждения следует продолжить на основе как пункта 7(b)(i), касающегося ответственности стороны, запрашивающей вынесение какой-либо меры *ex parte*, так и нового пункта (под предварительным номером 6 бис), в котором должен воспроизводиться текст пункта 7(b)(i) в контексте мер *inter partes*.

61. В порядке подготовки к продолжению обсуждения по этой теме было высказано мнение о необходимости провести дополнительные исследования режимов ответственности в контексте национальных правовых норм, регулирующих обеспечительные меры. Относительно целесообразности дальнейших исследований были высказаны определенные оговорки с учетом ограниченного числа арбитражных законов, охватывающих вопросы режима ответственности в контексте обеспечительных мер, и той возможности, что

гражданско–процессуальные нормы, применимые к государственным судам, могут и не содержать правил, которые могли бы быть должным образом перенесены в контекст арбитражного разбирательства. Тем не менее после обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что прояснению этого вопроса может помочь получение дополнительной информации относительно национального законодательства по этому аспекту. Делегациям было предложено представить такую информацию в распоряжение Секретариата к середине декабря 2003 года для распространения и перевода в рамках подготовки к следующей сессии Рабочей группы.

62. В редакционном плане было отмечено, что подпункты (b)(i) и (ii) не следует сводить в единый пункт, поскольку эти подпункты регулируют разные вопросы, а именно вопросы ответственности и обеспечения. Рабочая группа приняла к сведению это мнение.

Подпункт (b)(i)

Издержки

63. Различные точки зрения были высказаны относительно необходимости ссылки на издержки. Было высказано мнение о том, что сферу действия этого подпункта следует ограничить убытками, поскольку его цель состоит в предоставлении, при определенных обстоятельствах, компенсации ответчику за убытки, причиненные обеспечительной мерой *ex parte*. Внимание Рабочей группы было обращено на опасность включения в сферу действия этого положения понятия издержек, которое может весьма широко пониматься в одних правовых системах и более узко – в других и которое может различным образом толковаться как охватывающее, например, затраты на юридическую помощь, включая гонорар юристов, или затраты, связанные с осуществлением меры. Было высказано мнение о том, что слову "издержки" следует дать строгое толкование и заменить его словом "расходы". В то же время было предложено сохранить ссылку на издержки, поскольку этот термин определен в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

Потери

64. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что ссылка на потери, в ее нынешней редакции, не определена достаточным образом и что она может охватывать как прямые, так и косвенные убытки, причиненные мерой. Было высказано мнение о возможной предпочтительности более четкого определения объема потерь, которые предполагается охватить. Различные точки зрения были высказаны по вопросу о том, следует ли сохранить более широкое определение потерь (которое предусматривало бы соответствующие защитительные оговорки), или же более ограниченное (которое ограничивало бы сферу действия этой нормы прямыми убытками).

65. Рабочая группа рассмотрела обстоятельства, при которых убытки могут подлежать оплате применительно к мере *ex parte*. Был задан вопрос о том, будет ли простой факт обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры *ex parte* обуславливать ответственность запрашивающей стороны за причиненные убытки, независимо от того, была ли эта мера признана обоснованной или необоснованной, и независимо от того, имеет ли место какая-либо вина запрашивающей стороны. В ответ было высказано получившее широкую поддержку мнение, что независимо от того, основывается ли правило ответственности, установленное в отношении запрашивающей стороны, на вине, применение обеспечительной меры *ex parte* не должно само по себе рассматриваться как вызывающее убытки, подлежащие компенсации. Была выражена точка зрения о том, что вопрос об убытках следует оставить на урегулирование на основании внутреннего законодательства. Возобладало, однако, мнение, что запрашивающая сторона должна нести ответственность

только в том случае, если мера в конечном итоге будет сочтена необоснованной. Были заданы вопросы относительно значения слова "необоснованный", а также о том, должно ли понятие "необоснованности" меры оцениваться *per se* или же в свете результатов решения дела по существу. Решительная поддержка была выражена мнению о том, что окончательное решение дела по существу не должно являться существенным элементом при определении обоснованности обеспечительной меры.

66. Было предложено определить момент времени, когда может быть получена компенсация убытков. Было указано, что убытки могут возникнуть до вынесения окончательного решения. В этой связи было отмечено, что в качестве дополнительной защитительной оговорки применительно к режиму мер *ex parte* в пересмотренный проект следует включить формулировку, предусматривающую возможность для ответчика потребовать компенсации незамедлительно после того, как обеспечительная мера *ex parte* была предписана третейским судом, и без задержек получить решение о присуждении убытков. Было также указано, что убытки в связи с мерой *ex parte* будут относиться только к сроку, в течение которого эта мера действовала на основе *ex parte*.

"[в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой]"

67. Была выражена поддержка сохранению первой заключенной в квадратные скобки формулировки в интересах обеспечения соответствия с текстом пункта 3 и пункта 7(a). В то же время было высказано мнение о том, что в контексте пункта 7(b)(i) было бы, возможно, предпочтительно сохранить вторую заключенную в квадратные скобки формулировку "затрагиваемой такой мерой", поскольку это позволит любой стороне, помимо стороны, в отношении которой принята такая мера, потребовать возмещения убытков. Было также предложено заменить в этом контексте слова "сторона, затрагиваемая такой мерой" формулировкой "любая сторона, затрагиваемая такой мерой". Было разъяснено, что формулировка, устанавливающая принцип гарантии со стороны запрашивающей стороны, обеспечит надлежащую защиту арбитрам в отношении третьей стороны, которая понесла убытки в результате обеспечительной меры *ex parte* и которая обращается за получением компенсации. В ответ на вышеизложенные предложения было напомнено о том, что третейский суд не будет обладать компетенцией в отношении третьих сторон, не связанных арбитражным соглашением.

"[в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]"

68. По вопросу о необходимости в сохранении последней заключенной в квадратные скобки формулировки в подпункте (b)(i) были высказаны различные мнения. Было отмечено, что слова "в надлежащей степени" следует сохранить с тем, чтобы указать на законность меры. Были высказаны другие мнения относительно отсутствия необходимости в заключенном в квадратные скобки тексте, поскольку он не предусматривает каких-либо новых элементов. По этой причине его следует заменить положением о возможности для ответчика потребовать компенсации незамедлительно после вынесения обеспечительной меры *ex parte* третейским судом. Рабочая группа приняла эти мнения к сведению.

Подпункт (b)(ii)

69. Рабочая группа согласилась с тем, что в контексте обеспечительных мер *ex parte* положение об обеспечении должно носить императивный характер. Было указано, что в интересах обеспечения последовательности формулировка этого подпункта должна быть приведена в соответствие с текстом, использованным в пункте 4 в связи с положением об обеспечении в контексте обеспечительных мер

inter partes, за тем исключением, что разрешительная формулировка может быть заменена обязывающей.

70. Было высказано мнение, что для усиления защитительных оговорок, необходимых в контексте обеспечительных мер *ex parte*, положения подпункта (b)(ii) должны быть признаны условием для вынесения обеспечительной меры *ex parte*.

Подпункт (c)

71. Была высказана точка зрения о том, что необходимости в данном подпункте не имеется с учетом того факта, что компетенция третейского суда косвенно устанавливается в силу пункта 7(b)(i). Возобладало, однако, мнение о том, что подпункт (c) выполняет полезную функцию и что его следует сохранить. Было достигнуто согласие с тем, что если в проект статьи 17 будут включены как подпункт (b)(i), так и общее положение об ответственности, то следует четко установить, что подпункт (c) применяется и к обеспечительным мерам *inter partes*, и к мерам *ex parte*.

72. Была выражена обеспокоенность тем, что ответчик может представить ходатайство на основании подпункта (b)(i) уже после того, как окончательное решение было давно вынесено. Было высказано мнение о том, что в данном подпункте следует четко установить, что положение о компетенции применимо лишь до вынесения решения по существу дела. В ответ на вышеуказанную обеспокоенность было напомнено, что в статье 32(3) Типового закона предусматривается, что "действие мандата арбитражного суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства, без ущерба, однако, для положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34". В то же время, поскольку требование на основании подпункта (b)(i) может рассматриваться в качестве нового требования, было высказано мнение о необходимости подпункта (c). Поскольку третейский суд, несомненно, обладает компетенцией по вопросу об обеспечении согласно подпункту (b)(ii), сферу действия подпункта (c) было предложено ограничить подпунктом (b)(i). В качестве возможного альтернативного варианта нынешней формулировки подпункта (c) был предложен следующий текст: "Сторона может заявить требование согласно подпункту (b)(i), причем она может сделать это в любое время в ходе арбитражного разбирательства". Рабочая группа приняла к сведению предложенную формулировку и постановила обсудить ее более подробно на своей следующей сессии вместе с нынешним текстом подпункта (c).

73. Было предложено исключить слова "в целях избежания сомнений". Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что если эта формулировка будет исключена, то это может привести к неопределенности относительно существования арбитражных полномочий согласно подпункту (b), особенно в тех правовых системах, в которых подпункт (c) принят не будет. Было указано, что широкая формулировка подпункта (c), включая слова "в частности", снижает риск любого неверного истолкования данного положения, значение которого может быть еще более подробно разъяснено в комментарии к статье 17. На этой основе Рабочая группа постановила исключить вступительную формулировку "в целях избежания сомнений". К Секретариату была обращена просьба представить пересмотренный проект с учетом высказанных мнений и внесенных предложений.

Подпункт (d)

74. Было отмечено, что подпункт (d) занимает центральное положение в общем режиме, применимом к обеспечительным мерам *ex parte*. Было отмечено, что, поскольку принимаемая на основе *ex parte* мера может затронуть другие стороны, помимо стороны, в отношении которой она принимается, второй заключенный в квадратные скобки текст и использование в начале слов "любая

сторона" вместо слова "сторона" будут лучше соответствовать этой ситуации. Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что в интересах обеспечения согласованности с одобренными формулировками подпункта (b)(i), первый заключенный в скобки текст ("в отношении которой она принимается") следует сохранить в будущем проекте данного положения.

75. В отношении второй группы формулировок, заключенных в квадратные скобки ("[если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры,] [в течение сорока восьми часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах]"), были высказаны различные точки зрения. Было, в частности, высказано мнение, что первая из этих формулировок касается направления уведомления ответчику, в то время, как второй текст касается возможности ответчика быть заслушанным. С учетом того, что эти два текста выполняют разные функции, было предложено сохранить обе формулировки, но изменить текст следующим образом:

> "Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера в соответствии с настоящим пунктом, направляется уведомление о принятии меры, если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом в течение сорока восьми часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

76. В ответ было заявлено, что формулировка "если более не существует необходимости" является двусмысленной и что остается неясным, кто выносит такое заключение – запрашивающая сторона или третейский суд. Было отмечено, что единственным основанием для включения такой формулировки было наличие ситуации, когда запрашивающая сторона стремится привести в исполнение обеспечительную меру на основе *ex parte*. Было предложено изменить формулировку подпункта следующим образом:

> "Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, немедленно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом при первой же возможности и в любом случае не позднее, чем через сорок восемь часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

77. Хотя это предложение получило поддержку, так как оно наделяет третейский суд возможностью для проявления гибкости и некоторой свободой в принятии решения о том, когда следует заслушать другую сторону, было с беспокойством отмечено, что в этом предложении недостаточно ясно указан момент, когда следует направлять такое уведомление.

78. Разъяснение этого вопроса было сочтено принципиально важным с учетом того, что уведомление является важнейшим первым шагом к преобразованию обеспечительной меры *ex parte* в обеспечительную меру *inter partes*. Было предложено внести поправки в подпункт (d) и предусмотреть в нем, что стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, следует направлять уведомление о принятии меры сразу же после вынесения арбитражным судом решения о такой мере. После получения этого уведомления ответчик должен иметь возможность изложить свои доводы в письменной форме и, по его просьбе, быть заслушанным третейским судом. Было отмечено, что такой подход устраняет необходимость делать ссылку на любой из сроков, упомянутых в двух последних формулировках подпункта (d), заключенных в квадратные скобки. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что

направление уведомления сразу же после вынесения постановления об обеспечительной мере может не согласовываться с требованием внезапности, которое является необходимым условием для обеспечения эффективности мер *ex parte*, включая обращение за приведением в исполнение к суду общей юрисдикции.

79. Были высказаны некоторые оговорки в отношении включения положения о сорокавосьмичасовом сроке или каком-либо другом конкретном сроке, который может оказаться слишком жестким и неадекватным в некоторых обстоятельствах. Было отмечено также, что включение формулировки, позволяющей суду определять другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах, может обеспечить соответствующую гибкость, но в то же время может лишить смысла сохранение в том же положении ссылки на строго определенный срок. Тем не менее широкую поддержку получило мнение о том, что включение положения о конкретном сроке отвечает двум целям: подчеркнуть, что возможность быть заслушанным должна предоставляться незамедлительно, и довести до сведения третейского суда, что ему следует быть готовым возобновить рассмотрение, с тем чтобы дать возможность ответчику быть заслушанным.

80. Было отмечено, что формулировку "возможность быть заслушанным", возможно, следует изменить, с тем чтобы она охватывала как заслушивание ответчика, так и представление им документов в письменной форме. Было выражено согласие с тем, что эту формулировку следует заменить словами "возможность изложить свою позицию".

81. После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение подпункта (d) на своей следующей сессии на основе текста, приведенного в пункте 76 выше (в котором формулировка "возможность быть заслушанной" должна быть заменена словами "возможность изложить свою позицию перед"), и следующего альтернативного текста:

> "Любой стороне, затрагиваемой обеспечительной мерой, принятой в соответствии с настоящим пунктом, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом в течение [сорока восьми] часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

82. Перед завершением обсуждения Рабочей группе было указано, что к редакции подпункта (d) необходимо будет вернуться, когда Рабочая группа рассмотрит вопрос о том, следует ли допускать приведение в исполнение обеспечительной меры *ex parte*.

Подпункт (e)

83. Рабочая группа рассмотрела различные предложения относительно улучшения редакции существующего текста подпункта (e). Было выражено согласие с тем, что текст можно упростить, и вместо формулировки "действует в течение срока, не превышающего двадцать дней" включить в него формулировку "прекращает действовать по истечении двадцати дней". Было также высказано согласие с тем, что ссылка на "пункт l" неуместна. Что касается второй группы альтернативных формулировок, заключенных в квадратные скобки, то предпочтение было отдано первой формулировке – "с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры". В поддержку этого текста было указано на сложность установления даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны, как это предлагается во второй альтернативной формулировке. В соответствии с принятым ранее решением в отношении аналогичной формулировки в подпункте (b)(i) Рабочая группа постановила

сохранить слова "в отношении которой принимается такая мера", отдав им предпочтение по сравнению с формулировкой "затрагиваемой такой мерой".

84. Было высказано мнение, что второе предложение данного подпункта является ненужным. В то же время было отмечено, что последнее предложение подпункта (e) по сути допускает преобразование обеспечительной меры *ex parte* в обеспечительную меру *inter partes* после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, направляется уведомление и предоставлена возможность изложить свою позицию. Было указано на необходимость разъяснить, в какой момент обеспечительная мера *ex parte* преобразовывается в обеспечительную меру *inter partes*. Было высказано мнение, что для целей обеспечения ясности подпункт (e) можно упростить, приняв следующую формулировку:

> "Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, прекращает действовать по истечении двадцати дней с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры, если эта мера не была подтверждена, продлена или изменена третейским судом после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, была уведомлена о ней и ей была предоставлена возможность изложить свою позицию".

После обсуждения было принято решение заменить этой формулировкой подпункт (e).

85. Было отмечено, что формулировка данного подпункта разрабатывалась с учетом решений процедурного характера, о чем свидетельствуют слова "подтверждать, продлевать или изменять", хотя и предполагалось, что этот подпункт может применяться также в отношении обеспечительных мер, вынесенных в форме арбитражных решений.

86. Было высказано мнение, что в подпункт (e) можно также включить требование, в соответствии с которым запрашивающей стороне следует представлять другой стороне материалы, на которых основывается ходатайство. В поддержку этого предложения было указано, что в свете предусмотренного в подпункте (f) обязательства информировать включение требования представлять материалы, на которых основывается ходатайство и предписывается мера, обеспечит более эффективное применение подпункта (f). Хотя это предложение было признано полезным, было отмечено, что в статье 24(3) уже предусмотрено требование направлять другой стороне информацию, которая предоставляется третейскому суду. Было высказано мнение, что Рабочей группе следует избегать перенасыщения текста пересмотренного проекта путем повтора процедурных положений, которые уже предусмотрены в Типовом законе, и что этот вопрос можно было бы рассмотреть в сопровождающем Типовой закон руководстве. В ответ было указано на важность воспроизвести в подпункте (e) требование направлять другой стороне информацию, предоставленную третейскому суду, поскольку в ситуации *ex parte* обеспечительная мера может приниматься без направления каких-либо документов третейскому суду. Было высказано мнение, что, хотя статью 24(3) можно рассматривать как охватывающую сообщения в устной форме, тем не менее такое требование следует включить в этот подпункт с учетом того, что эта статья может быть истолкована ограничительно. В ответ было указано, что впечатления, будто бы третейский суд будет обязан протоколировать устное заслушивание каждого ходатайства о мерах *ex parte*, создаваться не должно.

87. Было заявлено, что в этом пункте можно было бы также более четко указать, кто несет бремя направления просьбы о сохранении постановления в силе, для чего необходимо прежде всего определить, остается ли в силе в контексте *inter partes* мера, которая первоначально была принята на основе *ex*

parte, или новая мера *inter partes* заменяет первоначальную меру *ex parte*. Было предложено возложить это бремя на сторону, в интересах которой принята мера. Было высказано предостережение не затрагивать различные процедурные вопросы, которые усложнят это положение без достаточных на то оснований. Секретариату было предложено изучить возможность подготовки положения о том, что бремя ходатайства о сохранении в силе постановления по истечении двадцати дней лежит на стороне, в интересах которой принята мера.

Подпункт (f)

Общие замечания

88. Было отмечено, что нынешний проект, в котором содержится ссылка на обязательство информировать третейский суд обо всех обстоятельствах, которые он "может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения", является недостаточно ясным и трудно применимым на практике, поскольку он предполагает наличие у запрашивающей стороны способности предугадать субъективную логику третейского суда. Была выражена поддержка в отношении предложения исключить подпункт (f). Тем не менее возобладало мнение, что этот подпункт следует сохранить как основополагающую гарантию и важнейшее условие приемлемости обеспечительных мер *ex parte*. В этой связи было отмечено, что основанием для разработки этого положения послужило существующее в некоторых правовых системах правило, согласно которому адвокат имеет особое обязательство информировать суд обо всех фактах, в том числе о тех, которые являются неблагоприятными для его позиции. В то же время было отмечено также, что во многих правовых системах такое конкретное обязательство информировать суд отсутствует.

Место подпункта (f)

89. По вопросу о том, где следует разместить это положение, были высказаны разные мнения. В частности, было высказано мнение, что, поскольку этот подпункт налагает обязательство на запрашивающую сторону, было бы лучше сделать его первым подпунктом в рамках подпункта (b). Таким образом, обязательство запрашивающей стороны будет заключаться в информировании третейского суда, предоставлении обеспечения и несении ответственности за любые издержки и потери, причиненные ответчику. Возобладало мнение, что этот подпункт следует оставить на прежнем месте, поскольку он завершает пункт о мерах *ex parte* обязательством, которое относится к различным подпунктам внутри этого пункта.

Санкции

90. Рабочая группа напомнила о том, что на ее тридцать седьмой сессии было высказано мнение, что в любом будущем пересмотренном варианте этого положения необходимо установить четкую связь между обязательством сообщать об изменении обстоятельств и режимом ответственности, применимым в отношении страны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры (A/CN.9/523, пункты 49 и 76). Рабочая группа согласилась с тем, что вопрос о последствиях невыполнения обязательства информировать должен урегулироваться в рамках общего режима, предусмотренного в пункте 7 (включая прекращение или ответственность в тех случаях, когда принятие обеспечительной меры было неоправданным) или в других положениях применимых материально–правовых норм.

Предложения об изменении формулировок

91. Было выражено понимание в связи с прозвучавшей обеспокоенностью в отношении того, что в существующей формулировке данный подпункт по сути требует от запрашивающей стороны способность предугадывать намерения

третейского суда. Был внесен ряд предложений с целью устранить ряд неясностей в существующем проекте. Было предложено, в частности, заменить формулировку "несет обязательство информировать" словами "безотлагательно информирует". Однако было отмечено, что слово "безотлагательно" является более приемлемым в контексте постоянного обязательства информировать о любых изменениях обстоятельств. Было предложено также заменить весь текст данного пункта следующей формулировкой: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, информирует третейский суд о любых существенных обстоятельствах, которые известны этой стороне и которые могут свидетельствовать против утверждения этой стороны о том, что требования, предусмотренные в настоящем пункте, были выполнены". Было высказано мнение, что это предложение является предпочтительным по сравнению с существующим текстом, поскольку оно не зависит от субъективного мнения третейского суда, а также учитывает аспект осведомленности стороны в момент представления ходатайства. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что оно может надлежащим образом применяться и пониматься лишь государствами, в которых рассмотрение носит состязательный характер и не предусматривает проведения судом собственного расследования. Было добавлено, что слово "существенные" может исключить некоторую информацию, которая могла бы стать полезной для третейского суда. Кроме того, было заявлено, что это предложение добавляет неясность в вопрос об объеме налагаемого обязательства, поскольку остается неясным, что представляет собой информация, противоречащая позиции запрашивающей стороны. Было также отмечено, что это предложение может быть истолковано как охватывающее спорные вопросы, которые могут возникнуть в ходе обсуждения дела по существу. Было высказано мнение, что Рабочей группе следует найти более гибкую формулировку, которая способствовала бы полному и искреннему сообщению всей относящейся к делу существенной информации.

92. Было предложено изменить формулировку этого подпункта следующим образом: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, безотлагательно информирует третейский суд обо всех обстоятельствах, относящихся к делу и являющихся существенными для определения третейским судом того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте". Это предложение получило поддержку. Для того чтобы разъяснить вопрос о том, что третейский суд сохраняет свободу усмотрения относительно вынесения обеспечительной меры, было предложено заменить формулировку "были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте" формулировкой "следует ли третейскому суду выносить запрашиваемое постановление". Было также высказано мнение, что требование "информировать третейский суд" может быть слишком узким и что более предпочтительной была бы формулировка "предоставлять суду". Было также высказано мнение, что следует принять меры для включения в предлагаемый текст положений, обеспечивающих некоторую гибкость, отраженную в первоначальной формулировке подпункта (f). Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект с учетом изложенных выше предложений.

IV. Пересмотренный проект статьи 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся признания и приведения в исполнение обеспечительных мер

93. Рабочая группа напомнила о своем решении обратиться после завершения рассмотрения пункта 7 к общему обсуждению вопроса о приемлемости

включения положения об обеспечительных мерах *ex parte* (см. пункт 50 выше). В то же время было достигнуто согласие с тем, что общая дискуссия состоится после рассмотрения положений о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер.

94. Рабочая группа перешла к обсуждению следующего текста проекта статьи 17 бис:

"1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи*.

2) Суд может отказаться признать [и] [или] привести в исполнение обеспечительную меру только в том случае:

a) если, по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, суд определяет, что:

i) *Вариант 1*: имеется существенный вопрос в отношении юрисдикции третейского суда [[такого характера, что признание или приведение в исполнение становится ненадлежащим] [такого характера, что это исключает приведение в исполнение обеспечительной меры]] [и создание какого-либо надлежащего обеспечения не было предписано третейским судом в отношении данной обеспечительной меры];

Вариант 2: имеется существенный вопрос, относящийся к любым основаниям для такого отказа, которые изложены в пунктах 1(a)(i), (iii) или (iv) статьи 36; или

ii) *Вариант 1*: такая сторона не получила надлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение [до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат возможность быть заслушанными третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат надлежащего уведомления]];

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iii) *Вариант 1*: такая сторона не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд [может приостановить] [приостанавливает] разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iv) данная обеспечительная мера была отменена или отложена третейским судом или по предписанию компетентного суда; или

---

* Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительную меру. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры может быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений.

b) если суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду его законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной обеспечительной меры в исполнение и без изменения ее существа; или

ii) *Вариант 1*: признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречило бы публичному порядку, признанному судом.

Вариант 2: любые основания, изложенные в пункте 1(b)(i) или (ii) статьи 36 относятся к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры.

3) Любое решение, вынесенное судом по любому из оснований, указанных в пункте 2 настоящей статьи, является действительным только для целей обращения о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры.

4) Сторона, которая испрашивает приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, отсрочке или изменении такой обеспечительной меры.

5) *Вариант A*: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать другой стороне предоставить надлежащее обеспечение за возмещение [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение] [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение, за исключением случая, когда суд устанавливает, что такое предписание является ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах].

Вариант B: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать предоставление обеспечения за возмещение.

Вариант C: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, не рассматривает при осуществлении этого полномочия существо обеспечительной меры.

Вариант D: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может предписать предоставление обеспечения за возмещение только в том случае, если такое предписание является необходимым для защиты прав третьих сторон.

6) Пункт 2(a)(ii) не применяется

Вариант X: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера была предписана на срок, не превышающий [тридцати] дней, и приведение в исполнение такой обеспечительной меры запрашивается до истечения этого срока.

Вариант Y: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера

подтверждена третейским судом после того, как другая сторона получила возможность изложить свои аргументы по делу в связи с данной обеспечительной мерой.

Вариант Z: в случае, если третейский суд, по своему усмотрению, решает, что с учетом обстоятельств, указанных в статье 17(2), такая обеспечительная мера может быть эффективной только тогда, когда предписание о приведении ее в исполнение вынесено судом без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера".

Пункт 1

95. В ответ на вопрос относительно формулировки "если третейским судом не предусмотрено иное" Рабочей группе было напомнено, что эти слова были включены для учета решения о том, что третейский суд должен обладать возможностью предусмотреть в момент предписания обеспечительной меры, что эта мера не может быть предметом обращения к суду для приведения в исполнение (A/CN.9/524, пункты 26 и 34).

"в письменной форме"

96. Было предложено исключить приведенные в квадратных скобках слова "в письменной форме". Это предложение было принято.

Сноска к пункту 1

97. Рабочая группа сочла содержание сноски к пункту 1 в целом приемлемым.

"которая удовлетворяет требованиям статьи 17"

98. Рабочая группа напомнила, что в пункте 1 пересмотренного проекта статьи 17 бис использована более широкая формулировка по сравнению с предыдущим проектом, поскольку слова "обеспечительная мера, упомянутая в статье 17" были заменены словами "принятые третейским судом постановление или решение об обеспечительных мерах, которые удовлетворяют требованиям статьи 17". Было напомнено, что цель включенной в нынешний проект формулировки состоит в обеспечении того, чтобы обеспечительная мера, применительно к которой заявляется ходатайство о приведении в исполнение, отвечала защитительным положениям, установленным в проекте статьи 17, независимо от того, была ли эта мера вынесена в стране, принявшей Типовой закон, или в какой-либо другой стране (A/CN.9/524, пункт 32). В поддержку включения ссылки на требования статьи 17 в пункт 1 было указано, что это явится стимулом для третейского суда применительно к строгому соблюдению условий, оговоренных в статье 17.

99. В то же время было высказано мнение о том, что ссылка на требования статьи 17 не является необходимой, поскольку она приводит к неясности, а также была выражена обеспокоенность в связи с тем, что нынешний текст может быть истолкован судом, рассматривающим ходатайство о приведении в исполнение, как требующий от него провести новое рассмотрение вопроса о том, удовлетворяет ли обеспечительная мера требованиям статьи 17. С тем чтобы избежать такого возможного толкования, было предложено принять примерно следующую формулировку: "обеспечительная мера, принятая третейским судом согласно статье 17 или стандартам, по существу аналогичным положениям статьи 17, признается в качестве обязательной и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения настоящей статьи".

100. Хотя ряд делегаций разделили вышеизложенную обеспокоенность, было указано, что предложенная формулировка может породить две различные

проблемы. Во-первых, ссылка на "стандарты, по существу аналогичные положениям статьи 17" может быть истолкована как добавляющая непреднамеренную интерпретацию определения обеспечительных мер. Во-вторых, установление связи между статьей 17 и статьей 17 бис является, как было указано, неуместным при сопоставлении с подходом, использованным в Нью–Йоркской конвенции применительно к приведению в исполнение и признанию арбитражных решений. В Нью–Йоркской конвенции не содержится определения термина "арбитражное решение", и, как следствие, режим признания и приведения в исполнение применяется независимо от источника арбитражного решения. В отличие от этого ссылка в статье 17 бис(1) на статью 17 может ограничить признание и приведение в исполнение обеспечительных мер теми странами, которые приняли статью 17 Типового закона. Было отмечено, что такой результат будет противоречить достижению цели содействия приведению в исполнение, за которую выступает Рабочая группа применительно к обеспечительным мерам, а также цели согласования правового регулирования по этому вопросу. На этой основе было высказано мнение о том, что статья 17 бис должна применяться ко всем обеспечительным мерам, независимо от того, соответствует ли мера требованиям статьи 17. Кроме того, было указано, что в любом случае ссылка на статью 17 является неуместной, поскольку она отсылает не только к определению обеспечительной меры, но также и к условиям, при которых третейский суд может вынести обеспечительную меру.

101. Было отмечено, что включение в текст формулировки "которая удовлетворяет требованиям статьи 17" может повлечь создание дополнительного скрытого основания для отказа в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. Было указано, что если включение такого основания входит в намерения Рабочей группы, то подобную формулировку лучше было бы включить в пункт 2. Это предложение получило определенную поддержку. В то же время было отмечено, что если такое предложение будет принято, то это будет означать, что сторона, в отношении которой принята мера, будет нести бремя доказывания того, что обеспечительная мера не отвечает требованиям статьи 17.

102. С тем чтобы учесть этот момент, было предложено исключить ссылку "которая удовлетворяет требованиям статьи 17" и добавить еще одно основание, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры в силу пункта 2. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение.

Пункт 2

Вступительная формулировка

103. Рабочая группа согласилась в целях обеспечения соответствия со статьей 36 Типового закона исключить из вводной формулировки пункта 2 заключенный в квадратные скобки союз "и" и сохранить союз "или". Рабочая группа приняла вступительную формулировку пункта 2 без каких-либо иных замечаний.

Подпункт (a)

Вступительная формулировка

104. Было предложено исключить слова "по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера", поскольку суд может убедиться в существовании основания для отказа в приведении в исполнение из простого изучения дела. Кроме того, подобное исключение позволит охватить ситуацию, когда сторона, в отношении которой принята та или иная мера, отсутствует при разбирательстве.

Подпункт (a)(i)

105. Из двух вариантов, включенных в этот проект подпункта, предпочтение было отдано сохранению варианта 2. В то же время было предложено исключить из этого варианта ссылку на подпункт 36(1)(a)(i) Типового закона, с тем чтобы не предоставлять суду возможности оценить вопрос о действительном наличии у третейского суда компетенции в момент, когда арбитражная процедура еще не завершена. В ответ было указано, что эта опасность уже учитывается в пункте 3 статьи 17 бис, в котором действительность любого решения, вынесенного судом по любому из оснований, указанных в пункте 2, ограничивается признанием и приведением в исполнение обеспечительной меры. Было предложено рассмотреть в качестве возможного альтернативного подхода включение общей ссылки на статью 36, а не на ее отдельные пункты. В этом случае может быть рассмотрен вопрос об исключении подпункта (a)(iv), поскольку он, возможно, уже охватывается статьей 36(1)(a)(v). Другое мнение состояло в том, что окончательное решение принять вариант 2 может быть принято только после рассмотрения Рабочей группой сводного текста, содержащего различные ссылки на статью 36 Типового закона, как он излагается в пункте 2 в его нынешней редакции.

106. Было указано, что, поскольку было выражено согласие с сохранением варианта 2, требуется еще раз вернуться к вопросу о бремени доказывания. В этой связи было отмечено, что в отличие от подпункта 2(a), в котором прямо не оговаривается вопрос о том, на ком лежит бремя доказывания, в статье 36(1)(a) предусматривается, что это бремя лежит на стороне, против которой направлена обеспечительная мера.

Дополнительное основание для отказа в признании и приведении в исполнение

107. Исходя из предложения исключить ссылку на статью 17 из пункта 1 и добавить еще одно основание, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры (см. пункт 99 выше), было предложено добавить в конце пункта 2 новый подпункт в следующей редакции: "v) суд убедится в том, что третейскому суду было запрещено предписывать обеспечительные меры [по соглашению сторон или в силу императивных норм права в стране, в которой проходит арбитраж]". Было внесено также следующее альтернативное предложение: "v) суд убедится в том, что третейский суд не имел полномочий на вынесение обеспечительной меры [, будь то по соглашению сторон или в силу законодательства места проведения арбитража]". Было указано, что это последнее предложение улучшает первое, поскольку в нем признается, что арбитр не обладает присущим его статусу правом предписывать обеспечительные меры и что такое право может вытекать только из соглашения сторон или из применительного закона.

108. Было отмечено, что текст, заключенный в этом предложенном новом подпункте в квадратные скобки, уже охватывается статьей 36(1)(a)(iii) и что по этой причине его следует, по всей видимости, исключить. В отношении ссылки на право, применимое в месте заседаний третейского суда, было указано, что, например, судье будет трудно привести в исполнение обеспечительную меру, если закон страны, в которой проходит арбитраж, не допускает подобной процедуры, несмотря на соглашение сторон о противном. Было указано, что ссылку на согласие сторон или на применимое право включать в текст пересмотренного предложения не следует, поскольку решение этого вопроса должно быть оставлено на усмотрение суда.

109. Был задан вопрос об уместности ссылки на страну, в которой проходит арбитраж, а также о том, не явится ли лучшим подходом ссылка на страну, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение. Было отмечено, однако, что в статье 36(1)(a)(iv) говорится о "законе той страны, где имел место

арбитраж", и что в интересах обеспечения последовательности эту формулировку, возможно, требуется сохранить. В ответ было указано, что право страны, в которой "проходит арбитраж", является, возможно, неуместным с учетом того, что преследуется цель отсылки к *lex arbitri*, а третейские судьи могут физически находиться и за пределами правовой системы, регулирующей арбитражное разбирательство. На этой основе было высказано мнение о большей уместности ссылки на "право, регулирующее арбитражное разбирательство".

110. Что касается предложения о дополнительном основании для отказа в признании и приведении в исполнение, то было выражено мнение об отсутствии необходимости в таком положении, поскольку этот вопрос уже охватывается должным образом статьей 36.

111. Было высказано мнение о том, что, хотя режим признания и приведения в исполнение согласно статье 17 бис уместен в случае мер *inter partes*, вопрос о его применимости к мерам *ex parte*, возможно, потребуется еще раз рассмотреть.

112. Рабочая группа согласилась с тем, что обсуждение статьи 17 бис потребуется продолжить на следующей сессии. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект с учетом различных мнений и предложений, изложенных выше.

B. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать девятой сессии

(A/CN.9/WG.II/WP.125) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
Введение		1–3
I.	Проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 бис)	4–39
	A. Текст проекта статьи 17 бис	
	B. Общие замечания по новым положениям	5
	C. Замечания по проекту статьи 17 бис	6–39
II.	Проект положения о полномочии судов предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 тер)	40–44
	A. Варианты для рассмотрения Рабочей группой	40–43
	B. Соответствующие материалы в качестве примеров, способствующих обсуждению	44
	1. Арбитражный закон Соединенного Королевства 1996 года (который применяется только в Англии и Уэльсе)	
	2. Арбитражный закон Германии – раздел 1033 (Гражданско–процессуальный кодекс)	
	3. Арбитражный ордонанс Гонконга (глава 341 Закона Гонконга)	

Введение

1. На своей тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) Рабочая группа кратко обсудила вопрос о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 83), которая содержит проект текста (воспроизведенный также в документе A/CN.9/523, пункт 78) (в дальнейшем именуемый "проектом положения о приведении в исполнение"). Рабочая группа также провела непродолжительный обмен мнениями о возможном режиме обеспечительных мер, предписываемых судом, в контексте пересмотра текста статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (A/CN.9/523, пункт 77) (в дальнейшем именуемого "Типовым законом ЮНСИТРАЛ").

2. На своей тридцать восьмой сессии (Нью–Йорк, 12–16 мая 2003 года) Рабочая группа обсудила положение о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе проекта положения о приведении в исполнение,

а затем рассмотрела пересмотренный проект (воспроизведенный в документе A/CN.9/524, пункт 30) (в дальнейшем именуемый "пересмотренным проектом"). Рабочая группа также рассмотрела возможный проект положения, устанавливающего полномочие суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства (A/CN.9/524, пункты 76–78).

3. Настоящая записка была подготовлена на основе итогов обсуждения и решений, принятых на тридцать восьмой сессии Рабочей группы, и включает два пересмотренных варианта, один из которых касается признания и приведения в исполнение обеспечительных мер (часть I), а другой – полномочия судов предписывать обеспечительные меры (часть II).

I. Проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 бис)

4. Для содействия возобновлению обсуждения в нижеследующем тексте излагается новый пересмотренный вариант положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (в дальнейшем именуемого "проектом статьи 17 бис").

A. Текст проекта статьи 17 бис

1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] компетентного суда, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи*.

2) Суд может отказаться признать [и] [или] привести в исполнение обеспечительную меру только в том случае:

а) если, по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, суд определяет, что:

i) *Вариант 1*: имеется существенный вопрос в отношении юрисдикции третейского суда [[такого характера, что признание или приведение в исполнение становится ненадлежащим] [такого характера, что это исключает приведение в исполнение обеспечительной меры]] [и создание какого-либо надлежащего обеспечения не было предписано третейским судом в отношении данной обеспечительной меры];

Вариант 2: имеется существенный вопрос, относящийся к любым основаниям для такого отказа, которые изложены в пунктах 1(a)(i), (iii) или (iv) статьи 36; или

---

* Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительную меру. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры может быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений.

ii) *Вариант 1*: такая сторона не получила надлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение [до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат возможность быть заслушанными третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат надлежащего уведомления]];

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iii) *Вариант 1*: такая сторона не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд [может приостановить] [приостанавливает] разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iv) данная обеспечительная мера была отменена или отложена третейским судом или по предписанию компетентного суда; или

b) если суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду его законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной обеспечительной меры в исполнение и без изменения ее существа; или

ii) *Вариант 1*: признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречило бы публичному порядку, признанному судом.

Вариант 2: любые основания, изложенные в пункте 1(b)(i) или (ii) статьи 36 относятся к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры.

3) Любое решение, вынесенное судом по любому из оснований, указанных в пункте 2 настоящей статьи, является действительным только для целей обращения о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры.

4) Сторона, которая испрашивает приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, отсрочке или изменении такой обеспечительной меры.

5) *Вариант A*: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать другой стороне предоставить надлежащее обеспечение за возмещение [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение] [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение, за исключением случая, когда суд устанавливает, что такое предписание является ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах].

Вариант B: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать предоставление обеспечения за возмещение.

Вариант C: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, не рассматривает при осуществлении этого полномочия существо обеспечительной меры.

Вариант D: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может предписать предоставление обеспечения за возмещение только в том случае, если такое предписание является необходимым для защиты прав третьих сторон.

6) Пункт 2(a)(ii) не применяется

Вариант X: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера была предписана на срок, не превышающий [тридцати] дней, и приведение в исполнение такой обеспечительной меры запрашивается до истечения этого срока.

Вариант Y: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера подтверждена третейским судом после того, как другая сторона получила возможность изложить свои аргументы по делу в связи с данной обеспечительной мерой.

Вариант Z: в случае, если третейский суд, по своему усмотрению, решает, что с учетом обстоятельств, указанных в статье 17(2), такая обеспечительная мера может быть эффективной только тогда, когда предписание о приведении ее в исполнение вынесено судом без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера.

B. Общие замечания по новым положениям

5. Рабочая группа отметит, что статья 17 бис и предлагаемая статья 17 тер (изложенные ниже в пунктах 40 и 42) предназначаются для включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ после предлагаемой новой статьи 17 (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.123). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли объединить эти положения в новой главе Типового закона ЮНСИТРАЛ, например в главе IV бис, которая может быть озаглавлена "Обеспечительные меры". В качестве иного варианта нынешнее название главы IV, т.е. "Компетенция арбитражного третейского суда", может быть изменено, с тем чтобы оно лучше отражало факт включения в нее этих новых положений.

C. Замечания по проекту статьи 17 бис

Пункт 1 (ранее пункты 1 и 2 пересмотренного проекта, воспроизведенного в документе A/CN.9/524, пункт 30)

6. Пункты 1 и 2 пересмотренного проекта были объединены в один пункт, с тем чтобы обеспечить его большее соответствие формулировке статьи 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

7. Пункт 1 проекта статьи 17 бис призван отразить решения Рабочей группы о том, что в этом положении следует:

– прежде всего изложить позитивное заявление о том, что обеспечительная мера должна быть признана и приведена в исполнение, а затем изложить основания, на которых в признании или приведении в исполнение может быть отказано (A/CN.9/524, пункты 28 и 34);

– включить следующую формулировку: "Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17" (см. документ A/CN.9/524, пункт 32); и

– включить также слова "независимо от страны, в которой она была предписана" (см. документ A/CN.9/524, пункт 33).

8. Слова "если третейским судом не предусмотрено иное" были включены для того, чтобы отразить решение о том, что третейский суд должен быть в состоянии предусмотреть в момент, когда он предписывает обеспечительную меру, что такая мера не должна быть предметом обращения о приведении ее в исполнение судом (см. A/CN.9/524, пункты 26 и 34).

9. В качестве вопроса редакционного характера было высказано предположение о том, что в тексте пункта 2 пересмотренного проекта можно было бы опустить слова "признать и", поскольку признание подразумевается при приведении в исполнение. Вместе с тем была выражена озабоченность по поводу того, что оба эти термина необходимо включить в интересах соответствия другим проектам положений, а также статьям 34 и 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/524, пункт 34). Как представляется, пересмотренный текст лишает эту озабоченность каких-либо оснований.

10. Слова "в письменной форме" были взяты в квадратные скобки. При завершении разработки текста статьи 17 бис (1) Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что термин "в письменной форме" включен в ряд положений Типового закона ЮНСИТРАЛ, например, в статьи 7(2), 31(1) и 35(1). Поскольку в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не содержится общее определение этого термина и с учетом того, что Рабочая группа еще должна завершить разработку решения о пересмотре статьи 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа, возможно, пожелает либо избежать включения ссылки на этот термин, если только он не является чрезвычайно важным, либо рассмотреть возможность включения общего определения, благоприятствующего электронной торговле, в интересах единообразного толкования.

Сноска к пункту 1

11. Рабочая группа решила сохранить эту сноску с заменой в ее тексте слова "должно" словом "может" (A/CN.9/524, пункты 64-66).

Пункт 2 (ранее пункт 3 пересмотренного проекта)

Общие замечания

12. Перед завершением обсуждения отдельных оснований для отказа в приведении в исполнение обеспечительной меры, предписанной третейским судом, было указано, что одним из результатов, достигнутых Рабочей группой, явилось приведение таких различных оснований в большее соответствие основаниям, перечисленным в статьях 35 и 36 Типового закона и в статье V Нью–Йоркской конвенции. В связи с этим было предложено, вместо изложения каждого такого отдельного основания, сформулировать текст данного пункта в виде общей ссылки на "положения статей 35 и 36" (A/CN.9/524, пункт 57). Секретариату было предложено рассмотреть возможность разработки альтернативных вариантов, с тем чтобы Рабочая группа располагала конкретными текстами при дальнейшем обсуждении этого вопроса на какой-

либо будущей сессии. В вариантах 2 подпунктов (a)(i), (ii) и (iii) и (b) (ii) содержатся тексты, учитывающие эти предложения. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что ссылка на пункт 1(a) (ii) статьи 36 содержится и в подпункте (ii) и (iii) пересмотренного проекта, поскольку она охватывает вопросы, касающиеся уведомления и неспособности изложить аргументы по делу.

13. Другое мнение заключалось в том, что следует избегать какой-либо ссылки на статьи 35 и 36 Типового закона, с тем чтобы содействовать применению проекта положения о приведении в исполнение теми государствами, которые, возможно, еще не приняли Типовой закон. Было указано на предпочтительность изложения в Типовом законе положений, применимых в приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, поскольку политические и правовые соображения, касающиеся приведения в исполнение таких мер, существенно отличаются от соображений, касающихся приведения в исполнение арбитражного решения (A/CN.9/524, пункт 57). Варианты 1 пунктов (a)(i), (ii) и (iii) и (b)(ii) содержат тексты, учитывающие эти предложения.

Вступительная часть

14. Для того чтобы подчеркнуть, что обстоятельства, при которых может иметь место отказ, являются ограниченными, в этот пункт были включены слова "только в том случае" (A/CN.9/524, пункт 35). В интересах соответствия статье 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также для того, чтобы лучше отразить варианты, которыми располагает суд, Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение по вопросу о том, можно ли заменить слово "и" словом "или".

15. Структура текста пункта 2 отражает решение Рабочей группы (A/CN.9/524, пункт 62).

Подпункт (a) вступительной части (ранее пункт 1(a) проекта положения о приведении в исполнение, воспроизведенный в документе A/CN.9/524, пункт 78)

16. Измененная формулировка отражает решение о том, что не следует включать положение, касающееся возложения бремени доказывания, и что этот вопрос необходимо оставить для решения на основании применимого права (A/CN.9/524, пункты 35–36, 42, 58 и 60). Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что нынешний текст, в котором опущены любые ссылки на бремя доказывания, как представляется, не соответствует подходу, используемому в статьях 34 и 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Если это так, то это может вести к разному толкованию, например, толкованию, согласно которому бремя доказывания возлагается на сторону, испрашивающую приведение в исполнение, или толкование, подразумевающее, что проверять эти требования должен третейский суд *ex officio*. Если Рабочая группа решит, что эта иная формулировка является обоснованной с учетом иных целей статьи 17бис по сравнению со статьями 34 и 36, то Рабочая группа должна подробно изложить причины такого расхождения в формулировках во избежание возникновения неопределенности с точки зрения толкования.

Подпункт (a)(i) (ранее подпункт (a) пересмотренного проекта и пункт 1(a)(i) проекта положения о приведении в исполнение)

Вариант 1

17. В варианте 1 излагаются положения, применимые к приведению в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, на основе подхода, согласно которому политические и правовые соображения, касающиеся приведения в исполнение таких мер, существенно отличаются от соображений,

касающихся приведения в исполнение арбитражного решения (A/CN.9/524, пункт 57).

18. Рабочая группа решила, что для возникновения у суда права отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры он должен не только определить наличие существенного вопроса, но и то, что этот вопрос представляет собой надлежащее основание для отказа в признании и приведении в исполнение. Такой более широкий подход получил значительную поддержку (A/CN.9/524, пункт 37). Для более прямого отражения этого подхода проект текста включает альтернативную формулировку, взятую в скобки и предусматривающую, что такой существенный вопрос должен носить такой характер, чтобы либо обусловливать неуместность признания или приведения в исполнение, либо обусловливать невозможность приведения в исполнение обеспечительной меры (A/CN.9/524, пункт 37).

19. Было также отмечено, что при любом пересмотре текста подпункта (a) пересмотренного проекта необходимо учитывать итоги обсуждения по вопросу о требовании предоставления обеспечения в случае вынесения определения об обеспечительной мере (A/CN.9/524, пункт 39). В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, как это предусматривается в тексте, взятом в квадратные скобки, вопрос о том, должен ли подпункт (a) обусловливаться тем, было ли предписано предоставление обеспечения третейским судом в отношении обеспечительной меры, признание и приведение в исполнение которой испрашиваются.

Вариант 2

20. Рассмотрение этого варианта см. в пунктах 12 и 13 выше.

Подпункт (a)(ii) (ранее пункт 1(a)(ii) проекта положения о приведении в исполнение)

Вариант 1

21. Нынешний текст включает несколько вариантов, предусматривающих, что суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны:

– не будут заслушаны третейским судом;

– не получат возможность быть заслушанными третейским судом;

– не получат надлежащего уведомления (A/CN.9/524, пункт 45).

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какой из первых двух вариантов устанавливает слишком формальное условие, которое может привести к излишним задержкам в приведении в исполнение обеспечительной меры.

Вариант 2

22. См. замечания в пунктах 12 и 13 выше.

Подпункт (a)(iii) (ранее пункт 1(a)(iii) проекта положения о приведении в исполнение)

Вариант 1

23. Содержание этого подпункта было сочтено в целом приемлемым (A/CN.9/524, пункт 46). В тексте сохраняется взятая в квадратные скобки формулировка "[и в этом случае суд [может приостановить] [приостанавливает] разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]". Полезность взятой в квадратные скобки формулировки была поставлена под сомнение. Было указано,

что эта взятая в квадратные скобки формулировка описывает только один из многочисленных вариантов решений, которые, как правило, будут иметься в распоряжении государственного суда согласно внутреннему законодательству в случае, если какой-либо стороне не было предоставлено полной возможности изложить свои аргументы по делу согласно статье 18 Типового закона. С этой точки зрения заключенная в квадратные скобки формулировка будет полезной только в той маловероятной ситуации, когда внутренние процессуальные нормы позволяют суду выносить постановление о приостановлении разбирательства. Рабочая группа, возможно, пожелает решить вопрос о том, следует ли сохранить этот текст, и если да, то следует ли сохранить слово "приостанавливает" или слова "может приостановить". Необходимо напомнить о том, что, согласно одному из высказанных мнений, для сохранения наиболее широкой, по возможности, свободы усмотрения суда предпочтительными являются слова "может приостановить" (A/CN.9/524, пункт 26).

Вариант 2

24. См. замечания в пунктах 12 и 13 выше.

Подпункт (a)(iv) (ранее пункт 1(a)(iv) проекта положения о приведении в исполнение)

25. Содержание этого подпункта было сочтено в целом приемлемым. Слова "или по предписанию компетентного суда" были добавлены для того, чтобы учесть ситуацию, когда обеспечительная мера отменяется судом в стране места проведения арбитража (A/CN.9/524, пункт 47).

Подпункт (b)(i) (ранее пункт 1(b)(i) проекта положения о приведении в исполнение)

26. В предыдущей формулировке подпункта (b)(i) содержалась ссылка на "процессуальное законодательство". По решению Рабочей группы ссылка на термин "процессуальное" была исключена по той причине, что существуют значительные расхождения между содержанием различных положений процессуального законодательства в разных странах и что само процессуальное законодательство является также разным в разных странах (A/CN.9/524, пункт 48). Кроме того, было указано, что суд может отказаться признавать или приводить в исполнение обеспечительную меру на том основании, что она является несовместимой с полномочиями, возложенными на суд материально–правовыми нормами его законодательства.

27. Измененная формулировка отражает решение Рабочей группы об объединении пункта 4 проекта положения о приведении в исполнение (в котором говорится: "при изменении формулировки меры в соответствии с пунктом 1(b)(i) суд не изменяет существа данной обеспечительной меры") с этим подпунктом (A/CN.9/524, пункт 49).

Подпункт (b)(ii) (ранее пункт 1(b)(ii) проекта положения о приведении в исполнение)

Вариант 1

28. По решению Рабочей группы слова "этого государства" были исключены из текста проекта пункта, даже с учетом того, что это выражение используется в тексте пункта 1(b)(ii) статьи 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ, на том основании, что они были сочтены излишними (A/CN.9/524, пункты 50–51).

29. Это положение было пересмотрено и теперь содержит ссылку на "публичный порядок, признанный судом" (A/CN.9/524, пункты 38 и 52). Рабочей группе известно, что термин "публичный порядок" считался весьма неясным термином, который не поддается определению в ряде стран и который может иметь по меньшей мере три значения: внутренний публичный порядок,

понимаемый как охватывающий все обязательные положения внутреннего законодательства; правила публичного порядка, конкретно установленные во внутреннем законодательстве в отношении международных связей, и весьма ограниченная совокупность норм, установленных на транснациональном уровне и иногда называемых международным публичным порядком.

30. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть последствия любых расхождений между этим подпунктом и другими положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ, а именно пунктом (b)(ii) статьи 34 и пунктом (b)(ii) статьи 36, и принять решение по вопросу о том, будет ли целесообразным в интересах единообразного толкования дать определение термина "публичный порядок" для целей Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Вариант 2

31. См. замечания в пунктах 12 и 13 выше.

Пункт 3 (ранее пункт 4 пересмотренного проекта)

32. В пересмотренной формулировке учитывается озабоченность, выраженная в ходе обсуждения в Рабочей группе, относительно опасности того, что суд при рассмотрении ходатайства о приведении в исполнение обеспечительной меры может вмешаться в право третейского суда самому определять свою компетенцию (A/CN.9/524, пункты 22 и 40).

33. Рабочая группа решила добавить после слова "вынесенного" слово "судом" с целью разъяснить, что данный пункт обращен к суду, а не к третейскому суду, а также обеспечить более ясную связь между этим пунктом и пунктом 2 (ранее пунктом 3 пересмотренного проекта) (A/CN.9/524, пункт 56).

Пункт 4 (ранее пункт 3 проекта положения о приведении в исполнение)

34. В соответствии с принятым Рабочей группой решением о том, что обязательство направлять уведомление действует также в период после вынесения постановления о приведении в исполнение, выражение "сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение" было заменено выражением "сторона, которая испрашивает приведение в исполнение или ходатайство которой удовлетворено" (A/CN.9/524, пункт 69).

Пункт 5 (новое положение)

35. По просьбе Рабочей группы данное положение затрагивает вопрос о том, должен ли суд, сталкиваясь с ходатайством о приведении в исполнение обеспечительной меры, быть в состоянии предписать заявителю предоставить обеспечение (A/CN.9/524, пункты 72–75).

36. Вариант A предусматривает, что суд имеет полномочие предписать создание обеспечения, и содержит взятый в скобки текст, ограничивающий такое полномочие тем случаем, когда третейский суд не вынес предписания в отношении обеспечения, а также другой вариант, распространяющий это полномочие на право предписать создание обеспечения тогда, когда третейский суд вынес такое предписание, но суд счел это предписание ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах. Вариант B всего лишь предусматривает, что суд имеет дискреционное полномочие предписать создание обеспечения за возмещение. В соответствии с этим вариантом объем полномочия, а также любая вероятная коллизия с вынесенным ранее определением третейского суда в отношении обеспечения, будут рассматриваться судом в соответствии с иным законом, чем Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Вариант C был составлен таким образом, чтобы охватить предположение о том, что такое полномочие суда будет ограничиваться вопросом о том, следует ли привести в исполнение обеспечительную меру. Предложенный текст прямо предусматривает, что такое полномочие суда не

должно распространяться на рассмотрение существа обеспечительной меры. Если этот вариант является предпочтительным вариантом, то данный проект статьи не будет содержать положения, прямо предоставляющего суду право предписывать создание обеспечения, когда суд признает или приводит в исполнение обеспечительную меру. Вариант D ограничивает полномочие суда предписывать создание обеспечения защитой прав третьих сторон. Поскольку термин "третья сторона" не определяется, то, если вариант D является предпочтительным, Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить этот термин.

37. Рабочая группа, возможно, пожелает далее рассмотреть вопрос о создании обеспечения за вознаграждение, предписываемом судами с учетом Гаагских конвенций по вопросам гражданского процесса от 1905 и 1954 годов, которые запрещают требовать создания обеспечения за вознаграждение от граждан государств, подписавших эти конвенции. Статья 17 Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса от 1954 года предусматривает следующее:

> "От граждан одного из Договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не может быть потребовано никакого залога или обеспечения в какой бы то ни было форме на основании того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране.
>
> Это же правило применяется в отношении любых платежей, которые могли бы быть потребованы от иностранцев или третьих лиц в обеспечение судебных издержек.
>
> Все конвенции, в которых Договаривающиеся государства могли бы обусловить освобождение своих граждан от cautio judicatum solvi или от уплаты судебных издержек, независимо от постоянного места жительства, сохраняют свою силу".

Пункт 6 пересмотренной формулировки (ранее пункт 5 положения о приведении в исполнение)

38. На тридцать восьмой сессии Рабочей группы этот пункт не обсуждался.

Заверенная копия

39. Статья 35(2) Типового закона предусматривает, что "сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового". Кроме того, эта статья предусматривает, что, если "арбитражное решение или соглашение изложены не на официальном языке данного государства, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на такой язык". На своей тридцать восьмой сессии Рабочая группа в целом решила, что при разработке текста пункта 1 "следует избегать необоснованных отклонений от текста статей 35 и 36" (A/CN.9/524, пункт 57). С учетом этого Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в нынешний текст формулировку, аналогичную формулировке статьи 35(2).

II. Проект положения о полномочии судов предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 тер)

A. Варианты для рассмотрения Рабочей группой

40. На своей тридцать восьмой сессии Рабочая группа рассмотрела возможный проект положения, устанавливающего полномочие суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119), и, в частности, проект положения, в котором говорится следующее:

> "Суд обладает таким же полномочием предписывать обеспечительные меры для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему, каким он обладает для целей судопроизводства и по отношению к нему".

41. Была выражена общая поддержка положения, предоставляющего суду полномочие предписывать обеспечительные меры независимо от того, в какой стране проводится арбитражное разбирательство. Было подчеркнуто, что сфера действия этого полномочия не соответствует правилу о территориальности, установленному в Типовом законе. Было в целом решено, что при подготовке пересмотренного проекта следует уделить внимание возможной необходимости адаптации статьи 1(2), с тем чтобы предусмотреть исключение в отношении территориального применения Типового закона (A/CN.9/524, пункт 78). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об изменении текста статьи 1(2), с тем чтобы он включал ссылку на любое положение, предоставляющее суду полномочие предписывать обеспечительные меры даже в том случае, если арбитражное разбирательство проводится за пределами страны данного суда.

42. Для содействия дальнейшему обсуждению этого вопроса были представлены следующие варианты:

Вариант 1

> "Суд располагает таким же полномочием предписывать обеспечительные меры для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему, каким он обладает для целей судопроизводства и по отношению к нему, и осуществляет такое полномочие в соответствии со своими процессуальными нормами в той мере, в какой они соотносятся с особыми условиями международного арбитражного разбирательства.

Вариант 2

> Суд обладает таким же полномочием предписывать обеспечительные меры для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему, каким он обладает для целей судопроизводства и по отношению к нему. Данное полномочие осуществляется в соответствии с требованиями, установленными согласно статье 17, в той мере, в какой эти требования могут быть применены".

43. В этих вариантах используется иной подход к критериям и стандартам, применяющимся к обеспечительным мерам, предписанным судом. Вариант 1 стремится реализовать предложение о том, чтобы суд применял свои процессуальные нормы и стандарты. Вариант 2 отражает мнение о том, что критерии и стандарты, установленные в статье 17, должны применяться к судам.

По общему признанию любая ссылка на существующие стандарты должна будет обеспечивать определенную свободу действий для суда, с тем чтобы он мог адаптироваться к особым условиям международного арбитражного разбирательства (A/CN.9/524, пункт 77).

B. Соответствующие материалы в качестве примеров, способствующих обсуждению

44. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть нижеследующие положения национального законодательства, которые предусматривают использование различных подходов к вопросу о том, следует ли предоставлять судам полномочие предписывать обеспечительные меры. Вопросы, возникаемые при разработке такого положения, по существу включают: вопрос о том, должно ли такое полномочие ограничиваться только третейскими судами или же такое полномочие должно быть таковым, что его могут осуществлять и третейский суд, и суд. В последнем случае необходимо рассмотреть следующие вопросы: каким образом можно сбалансировать это полномочие предписывать обеспечительные меры между судами и третейскими судами, а именно следует ли ограничить такое полномочие суда теми обстоятельствами, при которых третейский суд еще не был учрежден; следует ли обусловливать подачу ходатайства в суд о принятии обеспечительных мер согласием стороны и направлением уведомления третейскому суду; должно ли полномочие суда быть вторичным вариантом, который может использоваться только тогда, когда арбитр не может действовать эффективно или когда стороны решили, что арбитра не следует уполномочивать предписывать обеспечительные меры. В качестве альтернативы вопрос о сбалансированности таких полномочий можно было бы оставить для решения по выбору сторон (предыдущее обсуждение обеспечительных мер предписываемых судом см. документ A/CN.9/WG.II/WP.119, пункты 19–33, 37–40, 44–48 и 75–82).

1. Арбитражный закон Соединенного Королевства 1996 года (который применяется только в Англии и Уэльсе)

"44. – 1) Если стороны не согласовали иное, суд обладает для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему таким же полномочием выносить предписания относительно перечисленных ниже вопросов, каким он обладает для целей судопроизводства и по отношению к нему.

2) Эти вопросы касаются:

a) снятия показаний свидетелей;

b) сохранения доказательств;

c) вынесения предписаний в отношении имущества, которое является предметом разбирательства или по отношению к которому в ходе такого разбирательства встает какой-либо вопрос, касающийся:

i) осмотра, фотографирования, сохранения, хранения или удержания имущества; или

ii) вынесения предписания о взятии образцов такого имущества или проведении любого его осмотра или эксперимента по отношению к нему;

и для этой цели выдачи любому лицу разрешения проникать в любые помещения, находящиеся во владении или под контролем какой-либо стороны арбитражного разбирательства;

d) продажи любых товаров, являющихся предметом разбирательства;

e) вынесения временного запрещения или назначения управляющего имуществом.

3) В безотлагательном случае суд может, по ходатайству какой-либо стороны или предлагаемой стороны арбитражного разбирательства, выносить такие предписания, какие он считает необходимыми для цели сохранения доказательств или активов.

4) В обычном случае суд действует только по ходатайству какой-либо стороны арбитражного разбирательства (при направлении другим сторонам и третейскому суду уведомления с разрешения третейского суда или письменного согласия других сторон).

5) В любом случае суд действует только в том случае, если или в той степени, в какой третейский суд и любое арбитражное или иное учреждение или лицо, которому стороны предоставили полномочия в этом отношении, не обладает полномочием или не способен в настоящее время действовать эффективно.

6) Если суд предписывает это, то предписание, вынесенное судом согласно данному разделу, прекращает свое действие полностью или частично по предписанию третейского суда или любого такого арбитражного или иного учреждения или лица, которое обладает полномочием действовать по отношению к предмету этого предписания.

7) Для подачи любого ходатайства об обжаловании решения суда, принятого согласно этому разделу, требуется разрешение суда".

2. Арбитражный закон Германии – раздел 1033 (Гражданско–процессуальный кодекс)

"Арбитражное соглашение и обеспечительные меры, принятые судом

Если суд предписывает, до или в ходе арбитражного разбирательства, обеспечительную меру, касающуюся предмета арбитражного разбирательства, по просьбе какой-либо стороны, то такое предписание не является несовместимым с арбитражным соглашением".

3. Арбитражный ордонанс Гонконга (глава 341 Закона Гонконга)

"1) Суд или судья Суда может, в отношении конкретного арбитражного разбирательства, предпринять следующие действия:

a) вынести предписание об обеспечении суммы, являющейся предметом спора;

b) в отношении соответствующего имущества:

i) вынести предписание об осмотре, фотографировании, сохранении, хранении, удержании или продаже такого имущества третейским судом, стороной данного разбирательства или экспертом; или

ii) вынести предписание о взятии образцов такого имущества, проведении осмотра или экспериментов в отношении данного имущества;

c) вынести временное запрещение или предписать любую другую обеспечительную меру.

2) Для целей подраздела 1(b) имущество является соответствующим имуществом, если:

a) такое имущество находится в собственности или во владении стороны соответствующего арбитражного разбирательства; и

b) такое имущество является предметом разбирательства или же в отношении такого имущества возник какой-либо вопрос в ходе этого разбирательства.

3) Суд или судья Суда может предписать какому-либо лицу явиться на разбирательство в третейском суде для дачи показаний или представления документов или других материальных доказательств.

4) Суд или судья Суда может также вынести судебный приказ о доставке содержащегося под стражей лица для дачи свидетельских показаний в третейском суде.

5) Предоставленные согласно этому разделу полномочия могут осуществляться независимо от того, могут ли быть осуществлены аналогичные полномочия согласно разделу 2GB в отношении этого же спора.

6) Суд или судья Суда может отказаться выносить предписание согласно этому разделу в отношении вопроса, указанного в подразделе 1, на том основании, что:

a) этот вопрос является в настоящее время предметом арбитражного разбирательства; и

b) Суд или судья считает целесообразным, чтобы этот вопрос был рассмотрен соответствующим третейским судом".

C. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее сороковой сессии (Нью-Йорк, 23-27 февраля 2004 года)

(A/CN.9/547) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
V.	Введение	1–10
VI.	Резюме обсуждений и решений	11
VII.	Проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 бис)	12–67
	Общие замечания	13–16
	Пункт 1	17
	Пункт 2(a)	18–35
	Пункт 2(b)	36–48
	Пункт 3	49–50
	Пункт 4	51–53
	Пункт 5	54–61
	Пункт 6	62–67
VIII.	Проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры	68–116
	Общие замечания	68
	Пункт 1	69
	Пункт 2	70–83
	Пункт 3	84–91
	Пункт 4	92–96
	Пункт 5	97–100
	Пункт 6	101–104
	Пункт 6 бис	105–108
	Пункт 7	109–116

I. Введение

1. На своей тридцать второй сессии (Вена, 17 мая – 4 июня 1999 года) Комиссия в целом пришла к выводу, что настало время оценить в рамках универсального форума, каковым она является, приемлемость идей и предложений о совершенствовании арбитражных законов, регламентов и

практики. Комиссия поручила эту работу Рабочей группе по арбитражу и постановила, что приоритетной для Рабочей группы должна стать, в том числе, тема возможности приведения в исполнение обеспечительных мер. Рабочая группа начала обсуждение темы обеспечительных мер на своей тридцать второй сессии (Вена, 21–30 марта 2000 года), когда она выразила общую поддержку идее разработки правового режима, регулирующего приведение в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом (A/CN.9/468, пункты 60–79). На этой сессии Рабочая группа также провела предварительное изучение возможной потребности в выработке унифицированного правила относительно обеспечительных мер, предписанных судами общей юрисдикции в поддержку арбитражного разбирательства (A/CN.9/468, пункты 85–87).

2. На своей тридцать третьей сессии (Вена, 20 ноября – 1 декабря 2000 года) Рабочая группа пришла к согласию о том, что предлагаемая новая статья к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже ("Типовой закон ЮНСИТРАЛ"), касающаяся приведения в исполнение обеспечительных мер (которой был присвоен предварительный номер 17 бис), должна включать обязательство судов общей юрисдикции приводить в исполнение обеспечительные меры, если соблюдены установленные условия (см. A/CN.9/485, пункты 78–106). На своей тридцать четвертой сессии (Нью-Йорк, 21 мая – 1 июня 2001 года) в дополнение к продолжению рассмотрения проекта статьи 17 бис Рабочая группа начала обсуждение текста пересмотренного варианта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ, в котором определяется объем полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры и содержится дополнительное положение о вынесении обеспечительных мер на основе ex parte (см. A/CN.9/487, пункты 64–76). Обсуждения пересмотренных проектов статей 17 и 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ продолжились на тридцать шестой (Нью-Йорк, 4–8 марта 2002 года) (см. A/CN.9/508, пункты 51–94), тридцать седьмой (Вена, 7–11 октября 2002 года) (см. A/CN.9/523, пункты 15–76 и 78–80), тридцать восьмой (Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года) (см. A/CN.9/524, пункты 16–75) и тридцать девятой (Вена, 10–14 ноября 2003 года) (см. A/CN.9/545, пункты 19–112) сессиях Рабочей группы. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный вариант этих текстов для рассмотрения Рабочей группой на ее сороковой сессии.

3. Рабочая группа по арбитражу, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою сороковую сессию в Нью–Йорке с 23 по 27 февраля 2004 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Буркина–Фасо, Германии, Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Марокко, Мексики, Парагвая, Российской Федерации, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Сьерра–Леоне, Таиланда, Уганды, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

4. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Албании, Беларуси, Венесуэлы, Вьетнама, Габона, Дании, Египта, Ирландии, Катара, Конго, Кубы, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Малайзии, Объединенной Республики Танзания, Пакистана, Перу, Польши, Республики Корея, Сербии и Черногории, Тимора–Лешти, Турции, Филиппин, Финляндии, Хорватии, Швейцарии и Южной Африки.

5. На сессии также было представлено государство, не являющееся членом и имеющее миссию наблюдателя при Центральных учреждениях: Святейший Престол.

6. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих межправительственных организаций: Международного консультативного

комитета по хлопку (МККХ), Консультативного комитета по статье 2022 НАФТА и Постоянной палаты третейского суда.

7. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных неправительственных организаций, приглашенных Комиссией: Американской арбитражной ассоциации (ААА), Швейцарской арбитражной ассоциации (ШАА), Ассоциации адвокатов города Нью–Йорк (ААГНЙ), Каирского регионального центра по международному коммерческому арбитражу, Центра международных юридических исследований, Клуба арбитров Миланской арбитражной палаты, Глобального исследовательского центра по разрешению споров, Международной торговой палаты (МТП), Международного совета коммерческого арбитража (МСКА), Регионального центра по международному коммерческому арбитражу (Лагос, Нигерия), Школы международного арбитража и Европейского союза адвокатов.

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария АБАСКАЛЬ САМОРА (Мексика)

Докладчик: г-н Сундареш МЕНОН (Сингапур).

9. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: a) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.126); b) пересмотренный проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, подготовленный в соответствии с решениями, принятыми Рабочей группой на ее тридцать восьмой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.125); c) записка Секретариата, содержащая новый пересмотренный текст проекта положения о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры, подготовленный в соответствии с решениями, принятыми Рабочей группой на ее тридцать девятой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.128); d) записка Секретариата, содержащая переданную делегациями информацию о режиме ответственности в контексте обеспечительных мер (A/CN.9/WG.II/WP.127); e) предложение Международной торговой палаты по статьям 17 и 17 бис (A/CN.9/WG.II/WP.129); и f) доклады Рабочей группы о работе ее тридцать восьмой и тридцать девятой сессий (A/CN.9/524 и 525).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Расписание заседаний
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка единообразных положений об обеспечительных мерах для включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

II. Резюме обсуждений и решений

11. Рабочая группа обсудила пункт 4 повестки дня на основе текста, содержащегося в записках, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.125, 127 и 128), и предложения Международной торговой палаты (A/CN.9/WG.II/WP.129). Итоги обсуждений и выводы Рабочей группы по этому пункту отражены в главах III и IV ниже. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект ряда положений на основе результатов обсуждений и выводов Рабочей группы.

III. Проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (для включения в качестве новой статьи в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже под предварительным номером 17 бис)

12. Рабочая группа напомнила, что она начала рассмотрение нового пересмотренного варианта положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (далее в тексте – "проект статьи 17 бис") на своей тридцать девятой сессии (Вена, 10–14 ноября 2003 года) (см. A/CN.9/545, пункты 93–112). Затем Рабочая группа продолжила обсуждение следующего текста проекта статьи 17 бис (как он содержится в пункте 4 документа A/CN.9/WG.II/WP.125 и воспроизводится в пункте 94 документа A/CN.9/545):

"1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи*.

2) Суд может отказаться признать [и] [или] привести в исполнение обеспечительную меру только в том случае:

a) если, по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, суд определяет, что:

i) *Вариант 1*: имеется существенный вопрос в отношении юрисдикции третейского суда [[такого характера, что признание или приведение в исполнение становится ненадлежащим] [такого характера, что это исключает приведение в исполнение обеспечительной меры]] [и создание какого-либо надлежащего обеспечения не было предписано третейским судом в отношении данной обеспечительной меры];

Вариант 2: имеется существенный вопрос, относящийся к любым основаниям для такого отказа, которые изложены в пунктах 1(a)(i), (iii) или (iv) статьи 36; или

ii) *Вариант 1*: такая сторона не получила надлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение [до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат возможность быть заслушанными третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат надлежащего уведомления]];

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iii) *Вариант 1*: такая сторона не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд [может приостановить] [приостанавливает] разбирательство по

* Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительную меру. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры может быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений.

вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iv) данная обеспечительная мера была отменена или отложена третейским судом или по предписанию компетентного суда; или

b) если суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду его законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной обеспечительной меры в исполнение и без изменения ее существа; или

ii) *Вариант 1*: признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречило бы публичному порядку, признанному судом.

Вариант 2: любые основания, изложенные в пункте 1(b)(i) или (ii) статьи 36, относятся к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры.

3) Любое решение, вынесенное судом по любому из оснований, указанных в пункте 2 настоящей статьи, является действительным только для целей обращения о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры.

4) Сторона, которая испрашивает приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, отсрочке или изменении такой обеспечительной меры.

5) *Вариант A*: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать другой стороне предоставить надлежащее обеспечение за возмещение [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение] [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение, за исключением случая, когда суд устанавливает, что такое предписание является ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах].

Вариант B: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать предоставление обеспечения за возмещение.

Вариант C: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, не рассматривает при осуществлении этого полномочия существо обеспечительной меры.

Вариант D: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может предписать предоставление обеспечения за возмещение только в том случае, если такое предписание является необходимым для защиты прав третьих сторон.

6) Пункт 2(a)(ii) не применяется

Вариант X: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая

обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера была предписана на срок, не превышающий [тридцати] дней, и приведение в исполнение такой обеспечительной меры запрашивается до истечения этого срока.

Вариант Y: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера подтверждена третейским судом после того, как другая сторона получила возможность изложить свои аргументы по делу в связи с данной обеспечительной мерой.

Вариант Z: в случае, если третейский суд, по своему усмотрению, решает, что с учетом обстоятельств, указанных в статье 17(2), такая обеспечительная мера может быть эффективной только тогда, когда предписание о приведении ее в исполнение вынесено судом без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера".

Общие замечания

13. Рабочая группа напомнила, что на своей тридцать девятой сессии она приняла ряд решений по проекту статьи 17 бис, а именно решила исключить из проекта пункта 1 приведенные в квадратных скобках слова "в письменной форме" (A/CN.9/545, пункт 96), исключить из проекта пункта 1 слова "которая удовлетворяет требованиям статьи 17" и добавить в пункт 2 еще одно основание, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 102, а также пункты 107–110). Кроме того, Рабочая группа напомнила, что она сочла содержание сноски к пункту 1 в целом приемлемым (A/CN.9/545, пункт 97).

14. Было высказано мнение, что текст проекта статьи 17 бис вызывает трудности и является излишне сложным. Исходя из этого, был предложен следующий альтернативный текст (далее в тексте – "предложенный краткий проект"):

"1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, признается в качестве обязательной и [, если иное не предусмотрено третейским судом,] приводится в исполнение по подаче заявления в компетентный суд, независимо от страны, в которой она была вынесена.

2) Компетентный суд может отказать в признании [и] [или] приведении в исполнение обеспечительной меры, только если:

a) по запросу стороны, против которой направлена обеспечительная мера, суд убедился в том, что:

i) эта сторона не была уведомлена надлежащим образом о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве;

ii) сторона, против которой направлена мера, не имела возможности изложить свои аргументы на условиях, устанавливаемых статьей 17;

iii) третейский суд не имел полномочий на предписание обеспечительной меры.

3) Суд устанавливает, что:

a) обеспечительная мера не отвечает полномочиям, возложенным на суд его законодательством, если только суд не принимает решения о преобразовании обеспечительной меры с тем, чтобы приспособить ее к своим полномочиям;

b) признание и приведение в исполнение обеспечительной меры будет противоречить публичному порядку, признаваемому судом".

15. Было указано, что предложенный краткий проект обеспечивает более значительную ясность, а также позволяет избежать риска установления таких правил для признания и приведения в исполнение обеспечительных мер, которые будут более строгими, чем правила, регулирующие признание и приведение в исполнение арбитражного решения по существу дела. Определенная поддержка была высказана предложенному краткому проекту на том основании, что он составлен в сжатой форме и устанавливает правила, которые непосредственно привязаны к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры, в отличие от текста проекта статьи 17 бис, в котором по сути воспроизводятся правила, устанавливаемые в Нью–йоркской конвенции в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений.

16. В то же время были высказаны оговорки в отношении общего принципа, отраженного в предложенном кратком проекте, который, как было указано, исключает ряд важных аспектов, предусматриваемых в проекте статьи 17 бис. Было напомнено, что Рабочая группа ранее согласилась с тем, что с учетом различий между характерными чертами обеспечительных мер и окончательных арбитражных решений для обеспечительных мер необходимо предусмотреть иной по сравнению с решениями режим. Было указано, что одна из причин проведения такого различия состоит в том, что в отличие от окончательных арбитражных решений обеспечительные меры могут быть изменены. Таким образом, Рабочая группа согласилась с тем, что при формулировании правил, которых должны придерживаться суды при приведении в исполнение таких мер, важно учитывать этот отличительный элемент временного характера. Кроме того, было указано, что в предложенном кратком проекте не затрагиваются такие вопросы, как обеспечение (как это делается в пункте 2(a)(i) проекта статьи 17 бис) или обязательство информировать суд о любой отмене, отсрочке или изменении обеспечительной меры (как это делается в пункте 4 проекта статьи 17 бис).

Пункт 1

17. Рабочая группа отметила, что тексты в пункте 1 проекта статьи 17 бис и в предложенном кратком проекте по сути не отличаются друг от друга и что следует принять первый текст, исключив из него те формулировки, о которых говорилось в пункте 13 выше.

Пункт 2(a)

Подпункт (a)(i)

18. Рабочая группа напомнила, что на ее тридцать девятой сессии из двух вариантов, включенных в этот проект подпункта, предпочтение было отдано сохранению варианта 2 (A/CN.9/545, пункты 105 и 106). Было высказано мнение, что в этом варианте отражен общий подход Рабочей группы, состоящей в том, что основания для отказа в приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, следует сблизить с основаниями, перечисленными в статьях 35 и 36 Типового закона и в статье V Нью–йоркской конвенции применительно к отказу в приведении в исполнение арбитражного решения (см. A/CN.9/WG.II/WP.125, пункт 12, и A/CN.9/524, пункт 57).

19. Было высказано общее согласие с тем, что принять следует вариант 2, поскольку в нем содержится прямая ссылка на статью 36 вместо того, чтобы воспроизводить ее содержание с незначительными изменениями, как это делается в варианте 1, что, как было указано, может вызвать двусмысленность и неясности. В редакционном плане было предложено исключить слова "для такого отказа", поскольку они могут быть неверно истолкованы как относящиеся

к отказу в признании или приведении в исполнение окончательного арбитражного решения согласно статье 36. В целом было сочтено, что в тексте следует более четко указать, что ссылка на отказ является ссылкой на отказ в признании или приведении в исполнение обеспечительной меры. Для прояснения этого момента было решено исключить слово "такого".

20. Были высказаны оговорки относительно использования слов "имеется существенный вопрос", и было выражено мнение о том, что в целях обеспечения последовательности и ясности было бы предпочтительно воспроизвести формулировку, использованную в других местах проекта статьи 17 бис, а именно слова "такой отказ оправдывается основаниями".

21. Было предложено сделать ссылку на вопрос об обеспечении, который прямо затрагивается в варианте 1, но не в варианте 2. Решительная поддержка была выражена мнению о том, что, если распоряжение третейского суда о предоставлении обеспечения не было исполнено, такое невыполнение должно являться основанием для отказа в приведении в исполнение обеспечительной меры судом общей юрисдикции. Было принято решение о том, что этот момент должен быть в надлежащем месте отражен в тексте проекта статьи 17 бис, возможно, в пункте 5.

Подпункт (a)(ii)

22. Рабочая группа рассмотрела варианты 1 и 2 подпункта (a)(ii). Было указано, что в варианте 1 предусматривается механизм, который не упоминается в статье 36(1)(a)(ii) Типового закона и который позволяет приостанавливать приведение в исполнение обеспечительной меры до тех пор, пока стороны не получат надлежащего уведомления. В то же время для обеспечения соответствия с уже согласованным Рабочей группой подходом, состоящим в том, что юридические рамки для приведения в исполнение обеспечительных мер должны быть аналогичны порядку, существующему для приведения в исполнение арбитражных решений согласно статье 36 Типового закона, Рабочая группа согласилась сохранить вариант 2 без каких-либо изменений.

Подпункт (a)(iii)

23. Рабочая группа согласилась сохранить вариант 2 подпункта (a)(iii).

24. Поскольку Рабочая группа решила сохранить ссылку на статью 36(1)(a)(i), (ii), (iii) и (iv) Типового закона в пункте 2(a) проекта статьи 17 бис, был рассмотрен вопрос о целесообразности объединения подпунктов (i), (ii) и (iii) этого пункта. Было принято решение об объединении подпунктов (a)(ii) и (iii). Было высказано мнение, что вопрос о сохранении права третейского суда принимать решения о своей собственной компетенции имеет важнейшее значение и что суды общей юрисдикции не должны предрешать выносимое третейским судом определение о своей компетенции в первой инстанции. По этой причине было предложено сохранить в ее нынешней редакции формулировку, содержащуюся в варианте 2 пункта (a)(i). В этом контексте было также высказано мнение о том, что при обсуждении пункта 3 проекта статьи 17 бис Рабочей группе, возможно, потребуется рассмотреть различные основания для отказа в приведении в исполнение, изложенные в статье 36(1)(a)(ii) Типового закона, с тем чтобы избежать создания впечатления о том, что решение, вынесенное судом общей юрисдикции при рассмотрении ходатайства о приведении в исполнение обеспечительной меры (например, решение о том, получила ли сторона, против которой запрашивается обеспечительная мера, надлежащее уведомление о назначении арбитра), может иметь какие-либо последствия за пределами ограниченной сферы признания и приведения в исполнение обеспечительной меры.

Подпункт (a)(iv)

Различие между подпунктом (iv) и статьей 36(1)(a)(v) Типового закона

25. Было предложено заменить текст подпункта (iv) ссылкой на статью 36(1)(a)(v) Типового закона. В ответ было указано, что такая ссылка будет вводить в заблуждение, поскольку эти два положения служат двум различным целям и касаются двух различных ситуаций. В статье 36(1)(a)(v) Типового закона предполагалось охватить ситуацию, когда окончательное решение отменено или является предметом обжалования в том или ином виде согласно закону, в соответствии с которым оно было вынесено. В отличие от этого в подпункте (iv) отражен временный характер обеспечительной меры, которая может быть отложена или отменена самим третейским судом.

Действие подпункта (iv)

26. Был задан вопрос о том, создает ли подпункт (iv) возможность для суда общей юрисдикции отменить обеспечительную меру, предписанную третейским судом. В ответ было напомнено о том, что на своей предыдущей сессии Рабочая группа постановила исключить из пункта 1 общую ссылку на требования статьи 17 именно с тем, чтобы избежать создания дополнительного скрытого основания для отказа в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункты 101 и 102). Было решено, что заставлять или поощрять суд, рассматривающий ходатайство о приведении в исполнение, проводить новое рассмотрение вопроса о том, удовлетворяет ли обеспечительная мера требованиям статьи 17, не следует (там же, пункт 99). Рабочая группа подтвердила это решение в контексте подпункта (iv), который не должен неверно толковаться как создающий основание, по которому суд общей юрисдикции может отменить обеспечительную меру, предписанную третейским судом. Было напомнено, что общая цель статьи 17 бис состоит в установлении правил для признания и приведения в исполнение обеспечительных мер, а не в воспроизведении в ином контексте статьи 34 Типового закона в виде положений, касающихся отмены таких обеспечительных мер. Было высказано предположение, что вопрос о том, могут ли обеспечительные меры, вынесенные в форме арбитражного решения, отменяться согласно статье 34 Типового закона, может потребовать дальнейшего рассмотрения Рабочей группой. Рабочая группа приняла это мнение к сведению.

27. В контексте состоявшегося обсуждения широкое распространение получило мнение о том, что действие подпункта (iv) следует рассматривать с точки зрения как страны, принявшей Типовой закон, так и страны, законодательство которой на этом типовом документе не основывается. В частности, поскольку прямой связи между статьями 17 и 17 бис не существует, не следует создавать впечатление о том, будто бы применение статьи 17 бис предполагает существование положения, аналогичного статье 17. В этом же ключе следует предпринять усилия для того, чтобы избежать создания впечатления о том, будто бы судебное признание и приведение в исполнение обеспечительной меры, предписанной третейским судом, будет возможным только в том случае, когда обеспечительная мера выносится третейским судом, действующим на основании Типового закона.

"или по предписанию компетентного суда"

28. Рабочая группа перешла к рассмотрению вопроса о необходимости ссылки на ситуацию, когда обеспечительная мера была отменена "компетентным судом". Было напомнено о том, что в статье 5 Типового закона предусматривается, что "по вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе". Соответственно законодательство стран, принявших Типовой закон, не будет предоставлять судам право рассматривать

вопрос о соответствии обеспечительных мер положениям статьи 17. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что в статье 17 бис следует предусмотреть норму для тех ситуаций, когда обеспечительная мера предписана в соответствии с законодательством страны, не принявшей Типовой закон, и это законодательство позволяет судам рассматривать обеспечительную меру, предписанную третейским судом, на предмет возможной отмены.

29. Одно из последствий такой ситуации состоит в том, что суды, действующие на основании статьи 17 бис, могут столкнуться со случаем, когда будет представлено ходатайство о приведении в исполнение обеспечительной меры, даже если эта мера была отменена судом в другой стране. Было достигнуто широкое согласие с тем, что в подобной ситуации, когда обеспечительная мера была отменена в той стране, где она была вынесена, судам принимающего государства должно быть позволено отказать в признании и приведении в исполнение. Было также достигнуто согласие о том, что, поскольку в статье 17 бис содержится исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение, в этой статье также должна быть урегулирована и эта ситуация.

30. По поводу возможных путей урегулирования этой ситуации были высказаны различные соображения. Одно из предложений состояло в том, чтобы изменить подпункт (a)(iv) таким образом, чтобы он не содержал упоминаний об органе, отменившем или отложившем обеспечительную меру. Согласно этому предложению подпункт (iv) мог бы гласить следующее: "Обеспечительная мера была отменена или отложена". Была высказана обеспокоенность тем, что подобная формулировка будет поощрять поиски наиболее удобных судов.

31. Другое предложение, основывающееся на предложенном кратком проекте, сводилось к тому, чтобы полностью исключить подпункт (iv). Было разъяснено, что никакой необходимости в прямом урегулировании вопроса об отсрочке или отмене обеспечительной меры третейским судом не имеется, поскольку для признания и приведения в исполнение такой меры не могут быть приведены никакие основания, а необходимости в специальных положениях для отмены обеспечительной меры компетентным судом не имеется по той причине, что вопросы такой отмены будут регулироваться применимыми внутренними процессуальными нормами. Это предложение поддержки не получило.

32. Еще одно предложение состояло в том, чтобы сформулировать подпункт (iv) в следующей измененной редакции:

> "iv) обеспечительная мера была отменена или отложена третейским судом или, если на то имеются соответствующие полномочия, судом страны, в которой или в соответствии с законодательством которой эта обеспечительная мера была предписана".

33. Хотя были высказаны сомнения относительно практических аспектов применения этого измененного текста, данное предложение было сочтено в целом приемлемым для продолжения обсуждения на более позднем этапе. Было отмечено, что слова "или в соответствии с законодательством которой эта обеспечительная мера была предписана", возможно, потребуется заменить ссылкой на страну пребывания третейского суда.

Предложения о включении дополнительных положений в пункт 2(a)

Третейский суд не имеет права предписывать обеспечительные меры

34. На своей предыдущей сессии Рабочая группа приняла к сведению предложение о включении дополнительного основания, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры и которое заключалось бы в том, что третейскому суду может быть запрещено предписывать обеспечительные меры либо по соглашению сторон, либо в силу

закона страны проведения арбитража (A/CN.9/545, пункт 107). На нынешней сессии была выражена поддержка сохранению этого дополнительного основания. С этой точки зрения был рассмотрен предложенный краткий проект. В поддержку сохранения подобного положения было указано, что это дополнение является необходимым в результате исключения ссылки на требования статьи 17 из пункта 1. Было также указано, что этот вопрос не охватывается в достаточной степени ссылкой на статью 36(1)(a)(iv) Типового закона, в которой говорится о процедурных вопросах, а не о lex arbitri. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что оно может создать возможность для рассмотрения дел судами по существу. Было высказано предпочтение отказу от включения предложенной дополнительной формулировки, поскольку этот вопрос, как было сочтено, в достаточной степени охватывается ссылкой на статью 36(1)(a) и выбором варианта 2 пунктов (a)(i), (ii) и (iii).

Юрисдикционные иммунитеты государств

35. Было предложено рассмотреть включение положения по вопросу о юрисдикционных иммунитетах государств и их имущества на основе предложения, внесенного на предыдущей сессии в контексте обсуждения статьи 17 (A/CN.9/545, пункт 51). Было отмечено, что этот вопрос потребуется, возможно, рассмотреть в более широком плане, например в контексте возможной будущей работы ЮНСИТРАЛ, но что его не следует обсуждать в ограниченном контексте обеспечительных мер.

Пункт 2(b)

Подпункт (b)(i)

36. Рабочая группа сочла содержание подпункта (b)(i) в целом приемлемым.

Подпункт (b)(ii)

37. Рабочая группа пришла к рассмотрению двух вариантов, содержащихся в подпункте (b)(ii). Широкое распространение получило мнение в поддержку сохранения варианта 2, поскольку он соответствует подходу, принятому в связи с пунктом 2(a). Было указано, что содержащаяся в варианте 1 формулировка несколько отличается от редакции статьи 36(1)(b)(ii) Типового закона, что может вызвать трудности толкования. Например, в подпункте (b)(ii) содержится ссылка на "публичный порядок, признанный судом", в то время как в статье 36(1)(b)(ii) Типового закона говорится о "публичном порядке данного государства". Было указано, что формулировка "публичный порядок данного государства" является предпочтительной по сравнению со ссылкой на "публичный порядок, признанный судом", поскольку последняя может быть истолкована как предоставляющая суду чрезмерные полномочия.

38. Был задан вопрос о том, следует ли сделать ссылку и на подпункт (i), и на подпункт (ii) статьи 36(1)(b) Типового закона или же вопросы, охватываемые этими двумя положениями, а именно возможность передачи спора на арбитраж и публичный порядок, заслуживают отдельного рассмотрения в рамках статьи 17 бис.

39. Было предложено исключить из подпункта (b)(ii) ссылку на подпункт (i) статьи 36(1)(b) Типового закона. В поддержку этого предложения было указано, что в момент, когда испрашивается приведение в исполнение обеспечительной меры, у суда может и не иметься возможности в полном объеме определить предмет спора. Таким образом, предоставление суду права выносить решение о том, что предмет спора может стать предметом арбитражного разбирательства, на данном этапе процедуры было бы неуместно. В то же время было указано, что в тех случаях, когда предмет спора может быть ясно установлен и когда он не может быть передан на арбитражное разбирательство согласно

законодательству государства, в котором испрашивается приведение в исполнение, было бы непоследовательно предусматривать такой порядок, при котором в данном контексте государственные суды будут приводить в исполнение подобную обеспечительную меру. В силу этого было предложено вместо исключения любых ссылок на подпункт (i) статьи 36(1)(b) Типового закона пересмотреть вариант 2 для обеспечения соответствия с пунктом 2(a)(i) примерно следующим образом: "имеется существенный вопрос, относящийся к любым основаниям для такого отказа, которые изложены в статье 36(1)(b)(i) или (ii)".

40. Согласно одному из мнений, обеспокоенность, выраженная относительно определения по вопросу о возможности передачи спора на арбитраж в момент приведения в исполнение, уже регулируется пунктом 3, который обеспечивает, что любое определение, вынесенное судом для приведения в исполнение обеспечительной меры, является действительным только для целей обращения о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры.

41. После обсуждения Рабочая группа приняла текст варианта 2 без изменений при условии дальнейшего обсуждения формулировки, использованной в связи со ссылками на статью 36(1)(a) и (b) Типового закона в пунктах 2(a) и (b), после завершения рассмотрения Рабочей группой статьи 17 бис.

42. При завершении обсуждения Рабочая группа приняла к сведению мнение о том, что в любом случае ссылку в подпункте (ii) на статью 36(1)(b)(i) Типового закона не следует толковать как обязывающую суд запрашивать информацию по предмету спора с тем, чтобы вынести решение по вопросу о возможности его передачи на арбитраж.

43. Было отмечено, что в пункте 2 Рабочая группа сохранила ссылку на статью 36(1) Типового закона и что редакция этой статьи составлена с точки зрения арбитражных решений. Учитывая тот факт, что Рабочая группа постановила не определять форму, в которой должны быть вынесены решения об обеспечительных мерах, было предложено разъяснить, что термин "решение", как он использован в статье 36(1), должен толковаться как охватывающий все виды обеспечительных мер, без какого-либо подразумеваемого ограничения, состоящего в том, что основания, указанные в статье 36(1), применимы только к тем обеспечительным мерам, которые были предписаны в форме арбитражного решения.

44. Было указано, что при подготовке пересмотренного проекта для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой Секретариату следует попытаться выработать сводный текст, содержащий формулировки, согласованные с редакцией Типового закона. Например, было заявлено, что в формулировке "полномочия, предоставленные суду его законодательством" в пункте 2(b)(i) ссылка на "его законодательство" должна быть заменена ссылкой либо на "закон", либо на "процессуальные правила".

Возможные дополнительные основания для отказа в признании и приведении в исполнение

45. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности добавления в пункт 2 каких-либо других оснований для отказа в признании и приведении в исполнение обеспечительных мер. Рабочая группа напомнила о предложении, состоявшем в том, что, если постановление третейского суда о предоставлении обеспечения не было выполнено, такое неисполнение должно служить основанием для отказа судом общей юрисдикции в приведении в исполнение обеспечительной меры (см. пункт 21 выше). Это предложение получило решительную поддержку. Было вновь указано, что последствия неисполнения постановления о предоставлении обеспечения должны быть отражены в надлежащем месте текста проекта статьи 17 бис.

46. В порядке возражения против включения неисполнения распоряжения о предоставлении обеспечения в перечень, содержащийся в пункте 2, было указано, что пересмотренный проект статьи 17(4) Типового закона обеспечивает, что если третейский суд примет решение потребовать от запрашивающей стороны предоставить обеспечение, то такое условие должно толковаться в качестве предварительного условия для предписания соответствующей меры.

47. Было высказано мнение, что такое толкование статьи 17(4) не соответствует практическому подходу, который может использовать третейский суд при вынесении постановления об обеспечительных мерах. Было указано, что в то время как обеспечительную меру может потребоваться ввести в действие незамедлительно, при вынесении постановления об обеспечении третейский суд может предоставить запрашивающей стороне определенный срок для принятия практических мер по предоставлению такого обеспечения. С тем чтобы учесть эту реальную ситуацию, было предложено толковать предоставление обеспечения согласно статье 17(4) в качестве условия, следующего за предписанием обеспечительной меры, а не только предшествующего ее вынесению.

48. Было указано, что в случае, когда обеспечительная мера была предписана, однако потребованное третейским судом обеспечение предоставлено не было, нынешний проект пункта 2 статьи 17 бис не позволяет суду отказывать в признании и приведении в исполнение. Было высказано мнение о том, что этот момент следует урегулировать и в пункте 4 проекта статьи 17, и в пункте 2 проекта статьи 17 бис, поскольку эти две статьи могут применяться национальными судами независимо друг от друга.

Пункт 3

49. Рабочая группа сочла содержание пункта 3 в целом приемлемым.

50. Было предложено включить в пункт 3 вариант С пункта 5, в котором выражается важный принцип, состоящий в том, что суд, в котором испрашивается приведение в исполнение обеспечительной меры, не должен рассматривать существо этой меры. Рабочая группа согласилась рассмотреть этот вопрос более подробно при обсуждении пункта 5.

Пункт 4

51. Было напомнено, что пункт 4 основывается на принципе, заключающемся в том, что сторона, ходатайствующая о приведении в исполнение обеспечительной меры, должна быть обязана информировать суд о любой отмене, отсрочке или изменении этой меры. Было напомнено, что на тридцать восьмой сессии Рабочей группы этот принцип получил широкую поддержку (A/CN.9/524, пункты 35–39).

52. Были выражены сомнения относительно уместности этого пункта. Было высказано предположение о том, что если обеспечительная мера была отсрочена или отменена, то сама процедура приведения в исполнение более не служит какой-либо цели. Было высказано мнение о том, что вместо установления требования к стороне, которая испрашивает вынесение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, информировать суд о любой отмене, отсрочке или изменении обеспечительной меры, было бы предпочтительно предусмотреть требование о том, что суды не должны приводить в исполнение такие обеспечительные меры. Это предложение поддержки не получило.

53. Рабочая группа сочла содержание пункта 4 в целом приемлемым. В редакционном плане было высказано мнение о том, что, как представляется, имеются расхождения между формулировкой, использованной в пункте 4, в котором говорится о "отмене, отсрочке или изменении", и формулировкой, ранее использованной в тексте пункта 2(a)(iv), в котором приводятся слова "отменена или отложена". Было предложено пересмотреть этот проект положения для

обеспечения большей последовательности в тексте в целом. Далее было высказано мнение о том, что отсутствие в пункте 4 термина "признание" не соответствует, как представляется, формулировкам, использованным в других положениях текста. Рабочая группа согласилась, что эти редакционные вопросы должны быть более подробно рассмотрены на заключительных этапах подготовки проекта статьи 17 бис.

Пункт 5

54. Рабочая группа напомнила, что пункт 5 касается важного вопроса о том, должен ли – и в какой степени должен – суд, рассматривающий заявление о приведении в исполнение обеспечительной меры, иметь возможность распорядиться о предоставлении обеспечения заявителем. Это положение обсуждалось на тридцать восьмой сессии (A/CN.9/524, пункты 72–75). Далее было напомнено, что четыре варианта A–D отражают различные мнения, высказанные по этому вопросу на тридцать восьмой сессии.

Варианты A и B

55. Было высказано мнение, что вариант B и вторая заключенная в квадратные скобки формулировка в варианте A, как представляется, предоставляют суду общей юрисдикции возможность рассмотреть, в порядке второй инстанции, распоряжения третейского суда в отношении обеспечения. По этой причине следует отдать предпочтение варианту A и первой заключенной в квадратные скобки формулировке – "если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения для возмещения затрат". Эта точка зрения получила широкую поддержку.

56. Было указано, что в качестве общего принципа суд общей юрисдикции не должен иметь полномочий вновь рассматривать по существу решение, принятое третейским судом в отношении необходимости в предоставлении обеспечения в связи с предписанием обеспечительной меры. В то же время было высказано мнение о том, что первая заключенная в квадратные скобки формулировка в ее нынешней редакции может быть истолкована как предполагающая, что если третейский суд счел неуместным выносить распоряжение о предоставлении обеспечения, то суд общей юрисдикции может вновь рассмотреть это решение. Было указано, что если принципиальный подход Рабочей группы состоит в том, чтобы полностью исключить возможность рассмотрения судом общей юрисдикции решения третейского суда о предоставлении или непредоставлении обеспечения, то формулировку варианта A потребуется пояснить. Для достижения этого было предложено заменить слово "предписание" словом "определение", с тем чтобы подчеркнуть, что суд общей юрисдикции не может вновь принять к рассмотрению определение третейского суда о предоставлении обеспечения. Это предложение было принято.

57. Было предложено не полностью исключать возможность рассмотрения судом ex officio вопроса о том, следует ли предоставлять обеспечение. В этой связи было указано, что предпочтение следует отдать подходу, который использован во второй заключенной в квадратные скобки формулировке в варианте A и который позволяет суду выносить предписание в отношении предоставления обеспечения для возмещения затрат в случаях, когда он устанавливает, что предписание в этой связи являлось "ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах". Было указано, что включение этого полномочия судов общей юрисдикции может на практике облегчить приведение в исполнение обеспечительных мер, а также может предоставить судам дополнительную возможность учесть интересы третьих сторон при вынесении постановлений в отношении обеспечения. Противоположное предложение состояло в том, что в тексте следует ясно указать, что постановление о предоставлении обеспечения выносится по "ходатайству

стороны, против которой выносится обеспечительная мера" или по "ходатайству стороны, против которой направлена обеспечительная мера или которая затронута этой мерой". После обсуждения эти предложения не были приняты Рабочей группой.

"обеспечение для возмещения затрат"

58. Было достигнуто согласие с тем, что этот термин является слишком узким и что в соответствии с подходом, использованным в проекте статьи 17, его следует заменить ссылкой "обеспечение" или "надлежащее обеспечение", как это предусматривается в пункте 4 проекта статьи 17.

"другая сторона"

59. Было указано, что нынешний текст пункта 5 является неясным в отношении того, какая сторона подразумевается под "другой стороной". Было разъяснено, что в контексте некоторых ситуаций, связанных с арбитражем при участии нескольких сторон, сторона, которой будет предписано предоставить обеспечение, может быть другой, чем сторона, ходатайствующая об обеспечительной мере. В то же время с учетом того факта, что в большинстве теоретических ситуаций стороной, которой будет предписано предоставить обеспечение, будет являться сторона, ходатайствующая об обеспечительной мере, текст должен содержать более четкую ссылку на запрашивающую сторону. Было предложено заменить слова "другая сторона" словами "запрашивающая сторона". После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение.

Вариант C

60. Было указано, что вариант C исходит из общей концепции, состоящей в том, что основания для отказа в признании или приведении в исполнение обеспечительных мер должны быть ограничены вопросами процедуры и должны исключать возможность повторного рассмотрения судом вопроса о содержании обеспечительной меры de novo. Было высказано мнение, что вариант C затрагивает более широкую проблему, чем обеспечение для возмещения затрат и что, в силу этого, он должен быть выделен в отдельную статью (см. пункт 50 выше). После обсуждения Рабочая группа постановила включить формулировку, аналогичную варианту C, в пункт 3 в качестве второго предложения.

Вариант D

61. Было указано, что вариант D, который ограничивается предписаниями, необходимыми для защиты прав третьих сторон, является слишком узким. Было высказано мнение о том, что обеспечительные меры, предписываемые третейским судом, являются обязательными только для сторон арбитражного разбирательства, в то время как решение суда может иметь более широкое действие и применяться к третьим сторонам. Было высказано предположение о том, что вариант D касается важного вопроса защиты третьих сторон, который мог бы, по всей видимости, быть охвачен в варианте A. Было достигнуто согласие о том, что Секретариату следует рассмотреть вопрос о надлежащем месте, в котором мог бы быть отражен принцип, закрепляемый в варианте D.

Пункт 6

62. Рабочая группа напомнила о том, что с учетом потенциально неблагоприятных последствий мер ex parte для затрагиваемой стороны предоставление третейскому суду права выносить подобные постановления будет приемлемым только при установлении строгих условий для обеспечения невозможности злоупотребления этим правом (A/CN.9/523, пункт 17).

63. С учетом этого соображения был предложен следующий пересмотренный проект пункта 6:

"В приведении в исполнение обеспечительной меры, вынесенной третейским судом при соблюдении стандартов, по существу эквивалентных стандартам, устанавливаемым в пункте 7 статьи 17, не может быть отказано согласно пункту 2(a)(ii) настоящей статьи по причине вынесения этой меры ex parte, при условии, что любое решение суда о приведении в исполнение этой меры должно быть вынесено в течение двадцати (20) дней после даты, когда эта мера была предписана третейским судом".

64. Было разъяснено, что формулировка "по существу эквивалентные" была предложена с тем, чтобы учесть те небольшие отличия, которые страны могут внести при принятии Типового закона. Было обращено внимание на тот факт, что срок в двадцать дней, предусматриваемый в предложенном проекте, касается вынесения судом решения о приведении в исполнение меры после принятия решения третейским судом, а не, как это предусматривается в варианте X нынешнего проекта, срока, в течение которого сторона может обратиться к суду за приведением обеспечительной меры в исполнение.

65. Из числа вариантов, предложенных на рассмотрение Рабочей группы в нынешнем проекте, предпочтение было отдано варианту X. Поддержка была также выражена предложенному пересмотренному проекту. Рабочая группа сочла чрезвычайно важными ссылки на защитные положения, устанавливаемые согласно статье 17.

66. Учитывая временный характер обеспечительной меры ex parte, срок действия которой истечет после двадцати дней или которая будет преобразована в меру inter partes, была поставлена под сомнение необходимость во включении специальных положений о приведении в исполнение обеспечительных мер ex parte, о которых говорится в вышеизложенном предложении.

67. После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение пункта 6 на основе предложенного пересмотренного проекта, который должен быть помещен в квадратные скобки, после завершения обсуждения проекта статьи 17.

IV. Проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры

Общие замечания

68. Завершив рассмотрение проекта статьи 17 бис, Рабочая группа переключила свое внимание на следующий содержащийся в документе A/CN.9/WG.II/WP.128 новый пересмотренный проект статьи 17 Типового закона, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры:

"1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, предписать обеспечительные меры.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым производится окончательное урегулирование спора, третейский суд предписывает сторонам:

a) поддерживать или восстановить статус–кво до вынесения решения об урегулировании спора;

b) принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать такой ущерб;

c) предоставить [в предварительном порядке] средства [обеспечения наличия] [сохранения] активов, за счет которых может быть выполнено последующее решение; или

d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально–правовое значение для урегулирования спора.

3) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что:

a) может быть причинен [непоправимый вред], если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера, если такая мера будет предписана; и

b) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любое последующее решение.

4) Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

5) Запрашивающая сторона незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых эта сторона представила просьбу или третейский суд предписал обеспечительную меру. Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, передаются другой стороне.

6) Третейский суд может в любое время изменить, приостановить или прекратить [предписанную им] обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон.

[6 бис) Запрашивающая сторона несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, с даты предписания такой меры и в течение всего срока ее действия [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]. Третейский суд может принять решение о незамедлительном возмещении убытков.]

7) a) [Если стороны не договорились об ином] [Если стороны прямо договорились об этом], третейский суд может [, в исключительных обстоятельствах,] предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, если [запрашивающая сторона показывает, что]:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

ii) [соблюдаются условия, изложенные в пункте 3]; и

iii) запрашивающая сторона [показывает] [убеждает третейский суд в том], что необходимо действовать таким образом для обеспечения

того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, с даты предписания такой меры и в течение всего срока ее действия [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]. Третейский суд может принять решение о незамедлительном возмещении убытков.

c) Третейский суд требует от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

d) *Вариант 1*: Третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения подпункта (b) [и (c)] выше или в связи с этим подпунктом, [в любое время в ходе арбитражного разбирательства].

Вариант 2: Сторона может в любое время в ходе арбитражного разбирательства заявить требование согласно подпункту (b).

e) *Вариант A*: Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность изложить свою позицию перед третейским судом при первой же возможности и в любом случае не позднее, чем через [сорок восемь] часов после направления этого уведомления, или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах.

Вариант B: Любой стороне, затрагиваемой обеспечительной мерой, принятой в соответствии с настоящим пунктом, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность изложить свою позицию перед третейским судом в течение [сорока восьми] часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах.

f) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, прекращает действовать по истечении двадцати дней с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры, если эта мера не была подтверждена, продлена или изменена третейским судом, [по заявлению запрашивающей стороны и] после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свою позицию. Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, передаются другой стороне.

g) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, [информирует третейский суд о всех обстоятельствах] [представляет третейскому суду информацию, касающуюся всех обстоятельств], которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения того, [были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте] [должен ли третейский суд предписать такую меру]".

Пункт 1

69. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

Вступительная часть – "независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме"

70. Было предложено исключить формулировку "независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме". Было указано, что во многих правовых системах обеспечительные меры никогда не будут выноситься в форме арбитражного решения, а, по всей вероятности, в форме процессуального постановления. Было также указано, что ссылка на арбитражное решение в качестве единственного прямо оговоренного примера возможной формы такой меры может создать ложное впечатление, будто бы арбитражное решение представляет собой наиболее уместную форму, в которой может быть предписана обеспечительная мера. Было отмечено, что включение термина "арбитражное решение" в определение обеспечительной меры будет неуместно для тех правовых систем, законодательство которых определяет арбитражное решение в качестве решения третейского суда по существу спора. Кроме того, было высказано мнение, что исключение этой формулировки из пункта 2 не снизит действенности этого положения. Было предложено исключить эту формулировку и заменить ее более нейтральными словами, такими как "независимо от названия и формы этой меры".

71. Противоположная точка зрения заключалась в том, что эту формулировку следует сохранить для признания того факта, что во многих правовых системах для целей признания и приведения в исполнение требуется, чтобы обеспечительная мера была вынесена в форме арбитражного решения. В дополнение к этому было указано, что эта формулировка понималась как достаточно широкая для охвата любой обеспечительной меры, независимо от ее названия. В поддержку сохранения этих слов было отмечено, что формулировка, использованная для указания на форму, в которой вынесены обеспечительные меры, взята из Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и что она является достаточно нейтральной для того, чтобы отразить намерение Рабочей группы не отдавать предпочтение какой-либо форме, в которой должны предписываться обеспечительные меры.

72. Рабочая группа напомнила, что эта формулировка обсуждалась на тридцать пятой сессии в 2002 году (см. A/CN.9/508, пункты 65–68) и тридцать шестой сессии в 2003 году (см. A/CN.9/523, пункт 36) и была принята в целом. После обсуждения Рабочая группа постановила не вносить изменений во вступительную часть пункта 2. В контексте состоявшегося обсуждения было высказано мнение о том, что в любых разъяснительных материалах, которые будут подготовлены на более позднем этапе, возможно, в форме руководства по принятию проекта статьи 17, следует ясно оговорить, что формулировка, принятая в отношении формы, в которой могут быть предписаны обеспечительные меры, не должна неверно толковаться как занятие какой-либо позиции по спорному вопросу о том, будет ли обеспечительная мера, вынесенная в форме арбитражного решения, удовлетворять требованиям для приведения в исполнение, установленным в Нью–йоркской конвенции.

Подпункт (c)

[в предварительном порядке]

73. Рабочая группа согласилась исключить слова "в предварительном порядке" на том основании, что они могут ввести в заблуждение и ничего не добавляют к смыслу данного положения.

[обеспечения наличия] [сохранения]

74. Рабочая группа отдала предпочтение использованию слова "сохранение", а не слов "обеспечение наличия", поскольку последняя формулировка может быть

истолкована как относящаяся к особому методу защиты активов. Было решено исключить из текста слова "обеспечения наличия" и использовать слово "сохранения".

Запреты возбуждать иски

75. Был задан вопрос о том, может ли пункт 2 статьи 17 в его нынешней редакции быть истолкован как охватывающий полномочия третейского суда запрещать возбуждение иска (т.е. временную меру, с помощью которой третейский суд предпишет какой-либо из сторон не возбуждать судебное производство или отдельное арбитражное производство). С учетом того факта, что в статье 17(2) содержится основывающийся на родовом признаке исчерпывающий перечень обеспечительных мер (см. A/CN.9/545, пункт 21), Рабочей группе было предложено разъяснить, намеревалась ли она охватить этим перечнем такой запрет возбуждать иски.

76. В общем принципиальном плане были высказаны оговорки против того, чтобы в статье 17 прямо или косвенно допускалось использование запретов возбуждать иски. Было указано, что подобные запреты отнюдь не являются обычным явлением в международной юридической практике, не известны или мало известны многим правовым системам и, согласно законодательству некоторых стран, будут рассматриваться как противоречащие основополагающему конституционному праву стороны обращаться в суды. Было также отмечено, что с подготовкой специального положения, охватывающего запреты возбуждать иски, и с излишне подробной детализацией этого положения могут быть связаны опасности. Безотносительно к прямо выраженной Рабочей группой цели содействовать согласованию международного арбитражного права, попытке поддержать еще не устоявшуюся судебную практику присущи неизбежные риски. Было указано, что включение подобного положения может подорвать шансы на его применение или даже подорвать общую приемлемость Типового закона, особенно в тех странах, в которых запреты возбуждать иски не признаются. Рассматривая эту проблему с другой точки зрения, было отмечено, что, хотя вопрос о запретах возбуждать иски и приобретает, возможно, все большее значение в практике международного арбитража, он заслуживает тщательного изучения, включая рассмотрение возможности подготовки ЮНСИТРАЛ отдельного свода норм, но что его не следует регулировать косвенным и неполным образом в контексте положения, касающегося обеспечительных мер, поскольку такой порядок не будет отражать важность этого вопроса и может привести к ошибочному заключению о том, что запреты возбуждать иски представляют собой лишь подкатегорию обеспечительных мер, как они определены в проекте статьи 17.

77. В поддержку охвата запретов возбуждать иски в проекте статьи 17 было указано, что подобные запреты встречаются все более часто и что они служат важной цели в области международной торговли. Было высказано мнение, что тот факт, что подобные запреты все еще не известны некоторым правовым системам, свидетельствует в пользу охвата таких запретов в Типовом законе с целью содействия модернизации и согласованию юридической практики. Было указано, что, несмотря на то, что законодательство ряда стран не признает подобные запреты, имеются свидетельства того, что действующие в таких странах третейские суды все чаще обращаются к рассмотрению вопроса о вынесении таких запретов. Было также указано, что запреты возбуждать иски направлены на защиту арбитражной процедуры и что у третейских судов имеются законные основания стремиться к защите своей собственной процедуры. Было отмечено, что принятие запрета возбуждать иски не следует понимать как запрет стороне обращаться в суд места проведения арбитражного разбирательства с ходатайством о вынесении решения относительно действительности арбитражного соглашения. Было также указано, что в той

мере, в которой существует опасение относительно общей приемлемости запретов возбуждать иски, в другие положения Типового закона могут быть включены надлежащие защитительные оговорки, например, применительно к характеру оснований для отказа в признании и приведении в исполнение, в частности, с помощью ссылки на право, регулирующее полномочия, предоставляемые судам общей юрисдикции, в проекте статьи 17 бис (2)(b)(i) или ссылки на публичный порядок в проекте статьи 17 бис (2)(b)(ii).

78. Было указано, что на предыдущих сессиях Рабочая группа в той или иной степени выражала предпочтение такому подходу, при котором в проекте статьи 17 запреты возбуждать иски предусматриваться не будут. Было высказано мнение о том, даже в случае отсутствия в пункте 2(b) формулировки, непосредственно касающейся полномочий устанавливать запреты на возбуждение исков, косвенная поддержка существованию подобных полномочий будет, тем не менее, предоставляться, особенно в случае применения Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Было указано, что пункт 2(a) проекта статьи 17 представляет собой гибкое и открытое положение и что он, по всей вероятности, является достаточно широким для охвата запретов возбуждать иски. Было указано, что такое толкование подкрепляется тем фактом, что на предыдущей сессии из проекта статьи 17 было исключено требование о том, чтобы обеспечительная мера была связана с предметом спора (которое содержалось в первоначальном варианте статьи 17 Типового закона). Было отмечено, что требование о том, чтобы обеспечительные меры были связаны с предметом спора, приводится также в статье 26 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и что в некоторых правовых системах оно понималось как ограничивающее возможность вынесения запретов возбуждать иски. В то же время некоторые делегации напомнили о том, что увязывание обеспечительных мер с "предметом спора", тем не менее, позволяло третейским судам, действующим на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, выносить запреты возбуждать иски.

79. В целях обеспечения ясности было предложено прямо предоставить в пункте 2 третейским судам полномочия выносить запреты возбуждать иски. Был сделан ряд предложений о том, каким образом запреты возбуждать иски могут быть прямо охвачены проектом статьи 17. Одно из них состояло в том, чтобы включить положение, прямо разрешающее третейскому суду выносить такой запрет, а также сопроводить его пояснительным примечанием, указывающим, что это положение будет применяться только в той мере, в которой такие запреты допускаются процессуальным законодательством соответствующей страны. Было, однако, указано, что недостаток этого предложения заключается в том, что применительно к странам, которые не приняли положения, прямо предусматривающего подобный порядок, пункт 2 может толковаться как запрещающий вынесение запретов возбуждать иски.

80. Другое предложение состояло в том, чтобы урегулировать вопрос о запретах возбуждать иски с помощью добавления в пункт 2(b) проекта статьи 17 примерно следующей формулировки: "или серьезно обострить спор между сторонами". Было указано, что подобная формулировка признается в некоторых правовых системах и что она использовалась в ряде международных арбитражных разбирательств, в том числе в разбирательствах, проходивших согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

81. Еще одно предложение состояло в том, чтобы добавить в конце пункта 2(b) статьи 17 слова "или нанести ущерб самой арбитражной процедуре". Было указано, что это предложение разъяснит выраженное рядом делегаций понимание, что формулировка "принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать такой ущерб" в пункте 2(b) уже охватывает запреты

возбуждать иски, и позволит снять любые сомнения относительно возможности такого толкования.

82. Было высказано мнение, что обсуждение вопроса об охвате запретов возбуждать иски в основном исходило из того, что такие запреты будут препятствовать стороне возбуждать иски в судах. В то же время в ряде случаев такие запреты использовались для того, чтобы запретить сторонам представлять исковые требования в другой третейский суд. Было предложено охватить в проекте текста обе эти ситуации.

83. После обсуждения Рабочая группа согласилась изменить пункт 2(b) следующим образом: "принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать ущерб или нанести ущерб самой арбитражной процедуре". В то же время, исходя из того, что Рабочая группа не смогла полностью рассмотреть последствия этой предложенной формулировки, было решено сохранить это предложение в квадратных скобках для последующего обсуждения на одной из будущих сессий.

Пункт 3

Подпункт (a) – "непоправимый вред"

84. Была высказана обеспокоенность относительно использования в подпункте (a) термина "непоправимый вред". Рабочая группа напомнила, что этот термин уже обсуждался на ее тридцать пятой (A/CN.9/508, пункт 56) и тридцать девятой сессиях (A/CN.9/545, пункт 29).

85. Было высказано мнение о том, что термин "непоправимый" не является концепцией, которая была бы хорошо известна во всех правовых системах, что ему могут быть даны различные толкования и что его следует исключить. Другое предложение состояло в том, чтобы заменить термин "непоправимый" словом "существенный". Было отмечено, что ссылка на "существенный" вред может предоставить более широкие возможности для установления баланса между степенью ущерба, который будет причинен заявителю в случае отказа в обеспечительной мере, и степенью ущерба, который будет причинен стороне, возражающей против этой меры, если она все-таки будет предписана.

86. В то же время решительная поддержка была выражена сохранению ссылки на "непоправимый вред". Было указано, что пункт 3(a) предполагается применять к особому виду ущерба, который возникает в ситуациях, когда даже на предварительном этапе, в момент, когда третейскому суду еще не представлены все относящиеся к спору факты, может быть продемонстрировано, что запрашивающая сторона должна быть защищена от вреда, который не может быть исправлен путем присуждения возмещения убытков. В отличие от этого ссылка на "существенный вред" будет предполагать, что такой вред может быть исправлен путем возмещения существенных убытков. Было указано, что понятие "непоправимого вреда" относится не к количественному выражению ущерба, но к качественным характеристикам самой природы вреда. Были проведены различные примеры "непоправимого вреда". В дополнение к утрате бесценного или уникального произведения искусства, о которой уже упоминалось на предыдущей сессии (A/CN.9/545, пункт 29), было разъяснено, что "непоправимый вред" может возникать, например, в таких ситуациях, когда предприятие становится неплатежеспособным, утрачиваются важнейшие доказательства, упускаются важнейшие коммерческие возможности (например, заключение крупного контракта) или ущерб наносится репутации предприятия в результате нарушения прав на товарный знак.

87. Несмотря на то, что концепция "непоправимого вреда" широко признается во многих правовых системах и представляет собой обычное предварительное

условие для вынесения обеспечительной меры, было, однако, признано, что этой концепции могут быть даны различные толкования, особенно в странах, которым она неизвестна. Было предложено заменить слова "непоправимый вред" более нейтральной и описательной формулировкой. Были внесены, в том числе, следующие предложения: "вред, который не может быть должным образом компенсирован или который не может быть компенсирован присуждением денежных убытков"; "ущерб, который трудно возместить"; "вред, который не может быть компенсирован"; "значительный вред, который не может быть компенсирован путем присуждения убытков"; "неизбежный вред"; "неотвратимый вред" или "серьезный вред".

88. В дополнение к вышеизложенным моментам, вызвавшим обеспокоенность, было указано, что если в Типовом законе будет предусматриваться, что обеспечительные меры могут выноситься только для предотвращения вреда, который не может быть компенсирован в денежном выражении, то будет создана опасность того, что данное положение будет толковаться весьма ограничительно. В результате этого получить решение об обеспечительных мерах в рамках арбитражного разбирательства будет более сложно, чем в случае вынесения аналогичных мер в рамках судебного производства, при том что сторонам, ходатайствующим о приведении в исполнение таких обеспечительных мер, будет по-прежнему требоваться возбуждать дополнительное производство перед компетентным судом. Был задан вопрос о том, действительно ли намерение Рабочей группы заключается в использовании настолько ограничительного подхода, что из сферы действия обеспечительных мер будут потенциально исключаться любые потери, которые могут быть возмещены за счет присуждения убытков. Было также указано, что в нынешней практике третейские суды часто предписывают третейские меры уже в тех обстоятельствах, когда компенсация ущерба путем присуждения убытков будет сравнительно более трудной.

89. С целью обеспечения более гибкого критерия было предложено заменить слова "непоправимый вред" словами "вред, который не может быть должным образом устранен путем присуждения убытков". Было указано, что это предложение снимает опасения относительно того, что концепция непоправимого вреда может создавать слишком высокое пороговое требование, и позволит более четко оговорить свободу усмотрения третейского суда при принятии решения о вынесении обеспечительной меры. Рабочая группа сочла это предложение в целом приемлемым.

Подпункт (a) – взаимодействие с пунктом 2

90. По вопросу о содержании пункта 3, если его читать совместно с пунктом 2, был сделан ряд замечаний. Было высказано мнение, что содержащаяся в пункте 3 текста на английском языке ссылка на "harm" может привести к путанице в связи с использованием в подпункте (b) пункта 2 формулировки "current or imminent harm", поскольку создается опасность того, что критерии, изложенные в пункте 3, могут быть истолкованы как применяющиеся только в отношении мер, вынесенных для целей подпункта (b) пункта 2.

91. В более общем плане была выражена обеспокоенность в связи с тем, что общие требования, устанавливаемые в пункте 3, могут и не быть применимыми ко всем видам обеспечительных мер, перечисленных в пункте 2. Например, было указано, что было бы неуместно требовать во всех обстоятельствах, чтобы сторона, просто обращающаяся за вынесением обеспечительной меры для целей сохранения доказательств согласно пункту 2(d), в обязательном порядке демонстрировала, что в случае отказа в вынесении обеспечительной меры будет причинен исключительный ущерб, или требовать, чтобы запрашивающая сторона в иных отношениях удовлетворяла весьма высокие пороговые требования, устанавливаемые в пункте 3. Рабочая группа приняла к сведению

эту обеспокоенность и согласилась с тем, что этот вопрос потребуется, возможно, еще раз обсудить на более позднем этапе.

Пункт 4

92. Было напомнено о том, что Рабочая группа при обсуждении пункта 5 статьи 17 бис (см. пункты 55–61 выше) изучила вопрос о том, должно ли предоставление обеспечения являться условием вынесения обеспечительной меры. Сформировалось общее мнение, что предоставление обеспечения не должно являться условием, предшествующим вынесению обеспечительной меры. Было указано, что ни статья 17 Типового закона, ни статья 26(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ не включают такого условия. Были сделаны различные предложения относительно внесения в пункт 4 соответствующих изменений.

93. Одно из предложений заключалось в том, что следует принять формулировку примерно следующего содержания: "Третейский суд может предписать обеспечительную меру, потребовав от запрашивающей стороны или любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение" – или просто предусмотреть, что "от запрашивающей стороны или любой другой стороны может потребоваться предоставление надлежащего обеспечения до предписания третейским судом обеспечительной меры". Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что требование о предоставлении обеспечения до вынесения меры представляет собой, как было указано, слишком строгое условие. Другое предложение состояло в том, чтобы исключить из пункта 4 слова "в качестве условия предписания обеспечительной меры". В то же время было высказано мнение, что решения о том, чтобы эти слова были просто исключены, следует избегать, поскольку они служат полезной цели в качестве рекомендации для практических работников. В дополнение этому было указано, что вышеизложенные предложения создают впечатление о том, будто бы третейский суд обладает самостоятельными полномочиями требовать предоставления обеспечения на любом этапе процедуры.

94. Для снятия обеспокоенности тем, чтобы положение о предоставлении обеспечения не толковалось в качестве автономного положения, позволяющего третейскому суду предписывать предоставление обеспечения на любом этапе процедуры, было предложено изменить формулировку пункта 4 следующим образом: "Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны или любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в момент, когда третейский суд предписывает обеспечительную меру". Было также внесено еще одно следующее предложение: "Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны и/или любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такой обеспечительной мерой". Было указано, что это предложение не только снимает высказанную обеспокоенность, но также обеспечивает такой порядок, при котором полномочия третейского суда предписывать предоставление обеспечения не будут ограничены только тем моментом, когда на его рассмотрение подается соответствующее ходатайство. Было указано, что слова "в связи с" следует толковать узко для обеспечения того, чтобы решение вопроса об обеспечительной мере было увязано с предоставлением обеспечения. После обсуждения Рабочая группа сочла это предложение приемлемым.

95. В редакционном плане было отмечено, что вместо союза "и" более уместно было бы использовать союз "или" для указания на то, что третейский суд может потребовать предоставления обеспечения либо от запрашивающей стороны, либо от любой другой стороны. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

96. Что касается возможности для суда потребовать предоставления надлежащего обеспечения от "любой стороны", было указано, что эта формулировка играет чрезвычайно важную роль для сохранения возможности потребовать предоставления такого обеспечения от ответчика (т.е. от стороны, против которой направлена обеспечительная мера). Было отмечено, что это соответствует принципу равенства режима между сторонами, лежащему в основе арбитражных процедур. Хотя, предположительно, от ответчика предоставление обеспечения будет требоваться весьма редко, были приведены примеры ситуаций, когда ответчик предоставит обеспечение с тем, чтобы снять такую обеспечительную меру, как, например, арест судна.

Пункт 5

97. Был задан вопрос о целесообразности сохранения второго предложения пункта 5, в котором говорится о передаче одной стороной другой стороне всех заявлений, документов, или другой информации, представленной третейскому суду. Было высказано мнение, что это обязательство дублирует обязательство, уже устанавливаемое статьей 24(3) Типового закона. Было отмечено, что в той мере, в которой нынешний текст будет являться частью Типового закона, необходимости в дублировании каких-либо обязательств, уже устанавливаемых в Типовом законе, не имеется. Было, однако, высказано мнение о том, что обязательство стороны информировать третейский суд упоминается в статье 17, но не в каких других положениях Типового закона. Таким образом, в интересах установления ясности увязка обязательства информировать третейский суд с общим обязательством информировать другую сторону была бы уместной.

98. В отношении этого положения были внесены различные предложения. Было предложено добавить после слова "незамедлительно" слова "при направлении копий всем другим сторонам", а также исключить второе предложение пункта 5. Другое предложение заключалось в том, чтобы изменить вступительные слова данного пункта следующим образом: "Запрашивающая сторона незамедлительно раскрывает информацию о любом существенном изменении (...)" – и исключить второе предложение пункта 5. Было высказано мнение, что с помощью такого подхода обеспечивается более нейтральное изложение обязательства и что он позволяет избежать любых предположений о том, что данный пункт исключает обязательства, предусматриваемые в статье 24(3) Типового закона. После обсуждения Рабочая группа сочла последнее предложение в целом приемлемым.

Санкция за несоблюдение

99. Было отмечено, что в пункте 5 в его нынешней редакции не предусматривается никаких санкций на случай несоблюдения обязательства представлять информацию. Было предложено включить такую санкцию в пункт 6, с тем чтобы несоблюдение обязательства раскрывать информацию представляло собой основание для изменения, приостановления или прекращения обеспечительной меры.

100. Было указано, что необходимости в прямом включении санкции в пункт 6 не имеется, поскольку в любом случае обычная санкция за неисполнение обязательства раскрыть информацию заключается либо в приостановлении или прекращении меры, либо в присуждении убытков. В то же время было отмечено, что присуждение убытков может и не представлять собой надлежащего решения во всех случаях, особенно если у противной стороны не имеется возможности уплатить убытки. С тем чтобы лучше учесть возможность такой практической ситуации, было предложено добавить в конце пункта 5 следующий текст: "и любая неспособность сделать это может служить основанием для приостановления или прекращения согласно пункту 6 настоящей статьи". После

обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что необходимости во включении положения о санкциях в пункт 5 не имеется.

Пункт 6

101. В редакционном плане было указано на различие использованных в статье 17 бис (4) и в рассматриваемом пункте 6 формулировок для описания изменения, приостановления или прекращения обеспечительных мер. Было достигнуто согласие с необходимостью согласования этих текстов. Применительно к тексту на английском языке слову "modify" было отдано предпочтение по отношению к слову "amend".

"предписанную им"

102. Было напомнено, что слова "предписанную им" были включены с тем, чтобы отразить решение Рабочей группы о том, что третейский суд может изменить или прекратить только обеспечительную меру, вынесенную этим судом (A/CN.9/545, пункт 41). На этой основе было решено сохранить слова "предписанную им" без квадратных скобок.

103. Был задан вопрос о том, следует ли запретить третейскому суду изменять обеспечительную меру, вынесенную судом общей юридисдикции, с учетом той возможности, что сторона арбитражного соглашения может обратиться в суд общей юрисдикции с ходатайством о предписании обеспечительной меры до создания третейского суда. Было высказано мнение, что в подобных обстоятельствах имеются веские причины для того, чтобы разрешить третейскому суду, после его создания, изменять такие меры. Эта точка зрения получила определенную поддержку.

104. Было указано, что вопрос о предоставлении третейскому суду права пересматривать обеспечительные меры, предписанные судом общей юрисдикции, является весьма спорным и что он связан со сложными вопросами относительно роли судов общей юрисдикции и обеспечения равновесия между функциями частных арбитражных органов и функциями этих судов, которые обладают суверенными функциями и в которых могут быть обжалованы любые решения. Рабочая группа отметила, что вопрос о совпадающей компетенции третейского суда и судов общей юрисдикции должным образом регулируется в статье 9 Типового закона, в которой недвусмысленно предусматривается право сторон обращаться за вынесением обеспечительных мер в суд до или во время арбитражного разбирательства. Рабочая группа постановила, что вопрос о возможном пересмотре третейским судом обеспечительной меры, предписанной судом общей юрисдикции, не должен затрагиваться в Типовом законе. В этой связи было указано, что для урегулирования этого вопроса могут применяться различные технические подходы. Например, стороны могут, по своей собственной инициативе, вновь обратиться к суду, предписавшему меру, за ее пересмотром или стороны могут попросить суд включить в условия обеспечительной меры право третейского суда, после его создания, изменить эту меру. Кроме того, у третейского суда всегда имеется возможность предложить сторонам вновь обратиться в суд общей юрисдикции с решением, вынесенным этим третейским судом.

Пункт 6 бис

105. Рабочая группа приняла к сведению, что в целях содействия обсуждению подпункта 6 бис Секретариат подготовил записку (A/CN.9/WG.II/WP.127), содержащую полученную от государств информацию по вопросу о режимах ответственности, применяемых в соответствии с их национальным законодательством в отношении обеспечительных мер. При этом было отмечено, что в национальных законах, которые рассматриваются в данной записке в контексте применяемых режимов ответственности, не проводится различие

между мерами *inter partes* и *ex parte*. По этой причине было предложено снять квадратные скобки, в которые помещен упомянутый подпункт, а Рабочей группе рассмотреть возможность доработки его текста.

106. Высказывалось предположение, что формулировка об ответственности за издержки и потери, причиняемые "с даты предписания такой меры и в течение всего срока ее действия", является излишней, поскольку требование о том, чтобы убытки или ущерб были "причинены" мерой, уже ограничивает их масштаб. Было также высказано мнение о том, что изложенные в пункте 6 бис условия в существующем виде, возможно, являются недостаточно ясными, а требование, обусловливающее ответственность окончательным решением по существу спора, вряд ли неуместно. В этой связи членам Рабочей группы было указано, что на тридцать девятой сессии сложилось прочное мнение о том, что окончательное решение по существу спора не должно рассматриваться как один из существенных элементов при определении вопроса о том, является ли обеспечительная мера обоснованной или нет (A/CN.9/545, пункт 68). По вышеуказанным причинам было сначала предложено заменить первое предложение пункта 6 бис формулировкой "запрашивающая сторона несет ответственность за любые издержки и убытки, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, если третейский суд позднее решит, что в данных обстоятельствах обеспечительная мера не должна была предписываться". Это предложение получило поддержку.

107. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что, как явствует из пункта 6 бис, полномочия третейского суда присуждать убытки автоматически возникают в том случае, если третейский суд признает отсутствие оснований для предписания обеспечительной меры, а такое положение, видимо, не обеспечивает достаточно широкой свободы усмотрения, позволяющей, например, третейскому суду пользоваться ей, когда он сочтет, что такая мера была предписана на основании неточных фактов. Для обеспечения такой более широкой свободы усмотрения было внесено второе альтернативное предложение о замене всего текста пункта 6 бис следующим текстом: "Запрашивающая сторона несет ответственность за издержки и убытки, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, как они могут быть присуждены третейским судом в тот момент разбирательства и в той мере, которые он сочтет целесообразными с учетом всех соответствующих обстоятельств". Было указано, что в случае принятия такой формулировки второе предложение пункта 6 бис может быть исключено. Данное предложение получило ограниченную поддержку. Предпочтение было отдано первому предложению, которое, как отмечалось, снимает высказанную обеспокоенность и по сравнению со вторым предложением содержит более четкие руководящие положения.

108. В отношении последнего предложения пункта 6 бис было предложено исключить слово "незамедлительном", поскольку оно может быть неверно истолковано, как предполагающее, что убытки будут присуждаться одновременно с обеспечительной мерой. Было предложено заменить это предложение следующей формулировкой: "Третейский суд может предписать возмещение издержек и убытков в любой момент разбирательства после прекращения обеспечительной меры". Было высказано мнение, что формулировка "после прекращения обеспечительной меры" является необоснованно узкой, поскольку она ограничивает возможность присуждения убытков периодом времени после прекращения обеспечительной меры. Было решено исключить слова "после прекращения обеспечительной меры". Было также достигнуто согласие о том, что в любом пояснительном материале к пункту 6 бис должно указываться, что содержащаяся в нем ссылка на "разбирательство" относится к арбитражному, а не к судебному разбирательству

по вопросу об обеспечительной мере. С учетом этих изменений предложенный текст был в основном принят Рабочей группой.

Пункт 7

Меры ex parte

109. Рабочая группа приняла к сведению, что вопрос о целесообразности включения положения, допускающего предписание третейским судом обеспечительных мер *ex parte*, подробно обсуждался на предыдущих сессиях и что при этом были высказаны противоположные точки зрения относительно включения этого вопроса в проект статьи 17. Рабочая группа также отметила, что на своей тридцать шестой сессии Комиссия приняла к сведению мнение о том, что вопрос об обеспечительных мерах *ex parte*, который, как с этим согласилась Комиссия, по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать окончательную доработку проекта статьи 17 (A/58/17, пункт 203).

110. На своей тридцать девятой сессии Рабочая группа продолжила подробное рассмотрение пункта 7 и решила провести на своей очередной сессии обсуждение вопроса о том, следует ли, в качестве общего принципа, сохранить в проекте статьи 17 положение об обеспечительных мерах *ex parte* (A/CN.9/545, пункт 50). Было также указано, что ни национальные законы, ни общие принципы права, ни международная коммерческая практика подробно не регулируют обеспечительные меры *ex parte*. Было высказано мнение о том, что попытка урегулировать вопрос, по которому наблюдается столь мало единства, в документе ЮНСИТРАЛ будет, возможно, контрпродуктивной.

111. Высказанные в ходе текущей сессии замечания свидетельствуют о сохранении существенных разногласий по вопросу о включении положения, предоставляющего третейскому суду полномочия предписывать обеспечительные меры *ex parte*. С одной стороны, было отмечено, что в мире не существует единого мнения относительно стандартов и практики предписания третейскими судами обеспечительных мер *ex parte* и что включение подобного положения при отсутствии такого консенсуса может подорвать роль Типового закона как международного стандарта, отражающего консенсус, достигнутый всеми странами.

112. С другой стороны, указывалось, что роль ЮНСИТРАЛ не ограничивается единственно согласованием существующих законов и что Комиссия периодически принимала на себя ведущую роль в разработке новых и современных правил, на основе учета потенциальных экономических последствий и анализа передовой практики. Было указано, что у Рабочей группы имеется возможность решить вопрос, все более часто возникающий на практике и связанный с ходатайствами о вынесении постановлений *ex parte*, и что неспособность разработать соответствующие правила отнюдь не смягчает необходимость в них. Было высказано мнение о том, что, хотя необходимость в урегулировании мер *ex parte* и может быть поставлена под сомнение, следует внимательно подойти к тому, чтобы в Типовой закон не были включены положения, которые будут препятствовать возможному будущему развитию практики обращения к таким мерам. Была поддержана мысль о том, что, несмотря на отсутствие консенсуса, Рабочая группа могла бы принять к сведению существующие мнения в пользу мер *ex parte* и составить текст для использования теми странами, которые намерены принять законодательство по этому вопросу. Было также указано, что ряд международных арбитражных учреждений приняли чрезвычайные правила для арбитров с тем, чтобы учесть возрастающее число обращений о принятии подобных постановлений, например, в области "немедленного" арбитража.

113. Было выражено мнение, что нынешний проект пункта 7, который укрепляет и расширяет гарантии против злоупотребления мерами *ex parte*, может быть приемлем для Рабочей группы.

114. Был внесен ряд альтернативных предложений к существующему проекту пункта 7. Одно из предложений, которое содержится и разъясняется в предложении Международной торговой палаты (A/CN.9/WG.II/WP.129), гласило следующее:

"a) Если стороны не договорились об ином, третейский суд предписывает обеспечительную меру без предоставления стороне, [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], возможности [возразить против такой меры] [быть заслушанной], если:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

ii) соблюдаются условия, изложенные в пункте 3; и

iii) запрашивающая сторона показывает, что необходимо действовать таким образом для обеспечения того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона:

i) несет ответственность за любые издержки и убытки, причиняемые такой мерой стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу требований]; и

ii) предоставляет обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей [, в отношении любых издержек и убытков, упомянутых в подпункте (i),] [в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом];

iii) направляет уведомление о подаче заявления относительно принятия меры стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], в момент подачи заявления.

c) [В целях избежания сомнений] третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения [подпункта (b)] выше или в связи в этим подпунктом.

d) [Стороне, [в отношении которой принимается обеспечительная мера] [затрагиваемой принятой мерой] в соответствии с настоящим пунктом, предоставляется возможность [возразить против этой меры и] быть заслушанной третейским судом [в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах];]

e) [Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней [с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры] [с даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны], и этот срок не может быть продлен. Настоящий подпункт не затрагивает полномочий третейского суда предписывать, подтверждать, продлевать или изменять обеспечительную меру в соответствии с пунктом 1 после того, как стороне, [в отношении которой принимается

такая мера] [затрагиваемой такой мерой], предоставляется возможность [возразить против этой меры] [и быть заслушанной].

f) [Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд о всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]

Предлагаемые изменения к пунктам 1 и 6 статьи 17 бис

1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, за исключением обеспечительной меры, вынесенной согласно статье 17(7), признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи.

Пункт 6 статьи 17 бис следует полностью исключить".

115. Было внесено дополнительное предложение о замене пункта 7 следующим текстом:

"В случаях, когда преждевременное объявление о запрашиваемой мере стороне, которая должна ее выполнять, может поставить под сомнение ее исполнение, запрашивающая сторона может подать свое ходатайство без сообщения о нем какой–либо другой стороне. По получению такого ходатайства третейский суд направляет его другим сторонам с предложением изложить свою позицию. К этому сообщению третейский суд может приложить временное [постановление, предотвращающее утрату цели запрашиваемых мер]/[для сохранения статус–кво], до того, пока он не заслушает другие стороны и не примет решения о применении обеспечительной меры [при условии, что такое временное постановление остается в силе не более X дней]".

116. В связи с нехваткой времени Рабочая группа подробно не обсуждала эти предложения. Рабочая группа приняла предложения к сведению и постановила продолжить их обсуждение на своей следующей сессии на основе документации, подготовленной для текущей сессии, и дополнительного предложения, а также любых дальнейших предложений, которые могут быть сообщены Секретариату в ходе подготовки следующей сессии Рабочей группы. Было указано, что в дополнение к рассмотрению содержания положения о мерах *ex parte* Рабочей группе потребуется уделить внимание вопросу о месте такого положения. В этой связи, в том числе, предлагалось включить его в сноску к статье 17 в форме положения, предусматривающего будь то согласие на его применение, будь то возможность отказа от него, для рассмотрения национальными законодателями.

D. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры – режим ответственности: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии

(A/CN.9/WG.II/WP.127) [Подлинный текст на английском/испанском/французском языках]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
Введение		1–4
I.	Информация о национальном законодательстве, представленная Секретариату делегациями	5–35
	A. Австрия	5–7
	B. Канада (провинция Квебек)	8
	C. Чешская Республика	9–11
	D. Финляндия	12
	E. Франция	13–14
	F. Германия	15–17
	G. Сингапур	18–24
	H. Испания	25–27
	I. Швейцария	28
	J. Соединенные Штаты Америки	29–35
II.	Работа международных организаций	36–37
	A. Принципы Ассоциации международного права	36
	B. Американский институт права/МИУЧП: Проект принципов и правил транснациональной гражданско–правовой процедуры	37

Введение

1. На своей тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) Рабочая группа решила, что в пересмотренном тексте статьи 17 Типового закона о международном торговом арбитраже, в которой говорится об обеспечительных мерах, предписанных арбитражным судом, следует обеспечить обязательный характер требования, в соответствии с которым сторона, ходатайствующая о принятии мер, обязана предоставить обеспечение, а также предусмотреть строгую ответственность запрашивающей стороны за ущерб, наносимый другой стороне в результате неоправданной меры (A/CN.9/523, пункт 31).

2. На тридцать девятой сессии Рабочей группы (Вена, 10–14 ноября 2003 года) были подняты различные вопросы, касающиеся такого положения об ответственности:

– один из вопросов заключался в том, следует ли предусмотреть применение общего положения об ответственности не только к обеспечительным мерам, предписанным на основании ex parte, но также и к тем, которые были вынесены на основе inter partes. В поддержку

установления такого общего положения об ответственности было указано, что в любом случае та или иная конкретная мера может быть в конечном итоге сочтена необоснованной и наносящей ущерб ответчику. В то же время определенные возражения были заявлены против мнения о том, что режим ответственности должен в целом применяться как к мерам ex parte, так и к мерам inter partes. Было указано, что строгая ответственность, устанавливаемая в связи с мерами ex parte, является уместной с учетом природы таких мер и в результате рисков, неотъемлемо присущих такой процедуре. В то же время было отмечено, что вопросы вины или неверного изложения фактов применительно к режиму inter partes могут регулироваться национальными процессуальными нормами. В качестве общего замечания было указано, что данное положение должно ограничиваться установлением базовых принципов режима ответственности, без какого-либо подробного регулирования материально–правовых вопросов, охватываемых национальным законодательством (A/CN.9/545, пункт 60);

– был поставлен вопрос об определении объема потерь, которые предполагается охватить. Различные точки зрения были высказаны по вопросу о том, следует ли сохранить более широкое определение потерь (которое предусматривало бы соответствующие защитительные оговорки), или же более ограниченное (которое ограничивало бы сферу действия этой нормы прямыми убытками) (A/CN.9/545, пункт 64);

– еще один вопрос заключался в том, будет ли простой факт обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры ex parte обусловливать ответственность запрашивающей стороны за причиненные убытки, независимо от того, была ли эта мера признана обоснованной или необоснованной, и независимо от того, имеет ли место какая-либо вина запрашивающей стороны. Возобладало, однако, мнение, что запрашивающая сторона должна нести ответственность только в том случае, если мера в конечном итоге будет сочтена необоснованной. Были заданы вопросы относительно значения слова "необоснованный", а также о том, должно ли понятие "необоснованности" меры оцениваться per se или же в свете результатов решения дела по существу. Решительная поддержка была выражена мнению о том, что окончательное решение дела по существу не должно являться существенным элементом при определении обоснованности обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 65).

3. В порядке подготовки к продолжению обсуждения по этой теме Рабочая группа согласилась с тем, что прояснению этого вопроса может помочь получение дополнительной информации относительно режимов ответственности в контексте национального законодательства в области обеспечительных мер, и всем делегациям было предложено представить такую информацию в распоряжение Секретариата в рамках подготовки к сороковой сессии Рабочей группы (A/CN.9/545, пункт 61).

4. В части 1 настоящей записки воспроизводится информация, полученная от государств по данному вопросу, в той форме, в которой эта информация была представлена. В части 2 приводится резюме текстов, которые в настоящее время разрабатываются другими международными организациями по данному вопросу. Предыдущая редакция данных текстов содержится в документах A/CN.9/WG.II/WP.108, пункт 108, и A/CN.9/WG.II/WP.119, пункты 68–71.

I. Информация о национальном законодательстве, представленная Секретариату делегациями

A. Австрия

[Подлинный текст на английском языке]

5. Согласно действующему законодательству об арбитраже (статьи 577–599 Гражданско–процессуального кодекса Австрии), третейский суд не уполномочен выносить решения об обеспечительных мерах, которые могут быть предписаны только судом. Суд должен решить, следует ли предписать ту или иную конкретную меру по ходатайству запрашивающей стороны, причем это решение принимается на основе имеющихся доказательств, одновременно представляемых запрашивающей стороной для подтверждения своего требования. Решение о заслушивании стороны, против которой направлена мера, принимается судом по своему усмотрению. В любом случае суд должен удостовериться в том, что заслушивание не поставит под угрозу успех конкретной обеспечительной меры.

6. Обеспечительные меры, предписанные до наступления срока исполнения требования или до начала судебного разбирательства, должны быть обоснованы в ходе основного судебного процесса. Предписывая обеспечительную меру, суд устанавливает срок, в течение которого запрашивающая сторона должна предпринять действия для начала судопроизводства. В случае, если запрашивающая сторона не обеспечивает начала судопроизводства в установленный срок, суд *ex officio* отменяет обеспечительную меру.

7. Режим ответственности, предусматриваемый австрийским законодательством, применяется в целом как к мерам *ex parte*, так и к мерам *inter partes*. Согласно статье 394 Исполнительного кодекса, запрашивающая сторона несет ответственность за весь материальный ущерб, причиненный той или иной конкретной мерой стороне, против которой она была направлена, в том случае, если исковое требование, в связи с которым была предписана обеспечительная мера, признается необоснованным в ходе последующего основного судебного процесса или если запрашивающая сторона не обеспечивает начала судопроизводства в установленный срок. Австрийские нормы предусматривают строгую ответственность. Запрашивающая сторона обязана возместить весь финансовый ущерб, причиненный конкретной обеспечительной мерой. К финансовому ущербу относятся все денежные убытки, упущенная выгода и вынужденные расходы стороны, против которой направлена обеспечительная мера, понесенные в связи с отстаиванием своей позиции. Также должны возмещаться судебные издержки, связанные с представительством интересов той стороны, против которой направлена обеспечительная мера.

B. Канада (провинция Квебек)

[Подлинный текст на английском/французском языках]

8. Статья 755 Гражданско-процессуального кодекса гласит следующее:

> "Если суд или судья, назначающий временную запретительную меру, не выносит на достаточном основании иного решения, заявителю должно быть предписано предоставить обеспечение в установленном размере для возмещения расходов и убытков, которые могут быть причинены в результате ее назначения. Свидетельство секретаря о том, что обеспечение было предоставлено, должно прилагаться к постановлению до его приведения в исполнение.

Судья может в любое время увеличить или уменьшить размер такого обеспечения [1965 (1st sess.), c. 80, s. 755, 1992, c. 57, s. 420]."

C. Чешская Республика

[Подлинный текст на английском языке]

9. Правом назначать обеспечительные меры наделены исключительно суды. Суды обладают такими же полномочиями предписывать обеспечительные меры по отношению к сторонам арбитражного разбирательства, каким они обладают по отношению к сторонам судебного разбирательства.

10. Раздел 22 закона № 216/1994 Свода законов Парламента Чешской Республики об арбитраже и приведении в исполнение арбитражных решений (утвержден 1.11.1994, вступил в силу от 1.1.1995) гласит, что "если в ходе разбирательства или до его начала возникают обстоятельства, которые могут поставить под угрозу приведение в исполнение арбитражного решения, суд общей юрисдикции, действуя по ходатайству любой из сторон, может назначить временную меру (вынести судебный запрет)". Согласно данному положению, которое является обязательным, третейские суды вообще не имеют права назначать каких бы то ни было обеспечительных мер.

11. Законодательство Чешской Республики не предусматривает трансграничного приведения в исполнение временных мер защиты, назначенных третейским судом. В соответствии с чешским правом временные меры защиты, предписанные третейским судом, не могут быть приведены в исполнение на территории Чешской Республики.

D. Финляндия

[Подлинный текст на английском языке]

12. Глава 7 раздела 11 Судебно–процессуального кодекса Финляндии гласит, что в случае, если обеспечительная мера впоследствии признается необоснованной, сторона, которая ходатайствовала о назначении данной меры, выплачивает другой стороне компенсацию за любой ущерб, причиненный этой мерой или ее приведением в исполнение, а также компенсацию за убытки, которые она понесла с целью оспорить меру (например, расходы на предоставление обеспечения). Данное положение означает, что сторона, ходатайствовавшая о вынесении меры и ее возможном приведении в исполнение, несет строгую ответственность (sine culpa) за любой ущерб, как прямой, так и косвенный, который был причинен другой стороне данной мерой или ее приведением в исполнение.

E. Франция

[Подлинный текст на французском/английском языках]

13. Ниже приводится отрывок из нового Гражданско–процессуального кодекса, касающийся обеспечительных мер, назначаемых судами, и размещенный на английском языке на официальном юридическом веб–сайте правительства Франции ("legifrance.gouv.fr").

> "*Статья 489* (Постановление № 81–500 от 12 мая 1981 года, раздел 18, "Official Journal" от 14 мая 1981 года, поправка JORF от 21 мая 1981 года): Постановления, вынесенные в ходе упрощенного промежуточного разбирательства, приводятся в исполнение на предварительной основе. Несмотря на вышесказанное, судья может обусловить их предварительное приведение в исполнение принятием тех или иных обязательств на условиях, предусмотренных статьями 517–522.

В случае необходимости, судья может предписать приведение в исполнение на основании простого представления подлинника.

Статья 517: Предварительное приведение в исполнение может быть обусловлено предоставлением обеспечения в виде недвижимого или личного имущества в размере, достаточном для того, чтобы гарантировать возмещение затрат и ущерба.

Статья 518: Вид, размер и условия обеспечения оговариваются в судебном решении, которое предписывает его предоставление.

Статья 519 (Постановление № 76–714 от 29 июля 1976 года, раздел 2, "Official Journal" от 30 июля 1976 года): Если обеспечение предоставляется в виде денежной суммы, она вносится в депозитную кассу; либо, по просьбе одной из сторон, эта сумма может быть передана третьей стороне, назначенной для этой цели.

В таком случае судья, приняв решение удовлетворить такую просьбу, определяет в своем решении условия такого депонирования.

Если третья сторона отказывается принять такой депозит, сумма вносится в депозитную кассу без принятия нового решения по данному вопросу.

Статья 520: Если невозможно сразу определить размер обеспечения, судья предлагает сторонам представить ему доказательства в указанный им день.

Определение относительно размера обеспечения не может быть обжаловано.

Запись о решении делается в подлиннике и в заверенных копиях судебного постановления.

Статья 521 (Постановление № 81–500 от 12 мая 1981 года, раздел 21, "Official Journal" от 16 мая 1981 года, поправка JORF от 21 мая 1981 года), (Постановление № 84–618 от 13 июля 1984 года, разделы 3 и 31, "Official Journal" от 18 июля 1984 года, поправка JORF от 18 августа 1984 года): Сторона, которой предписано выплатить денежную сумму, помимо алиментов, ежегодных компенсационных отчислений или промежуточных платежей, может избежать приведения соответствующего постановления в исполнение в предварительном порядке, если она внесет, со специального разрешения судьи, залог наличными или ценными бумагами на сумму, достаточную для предоставления обеспечения в отношении суммы возмещения по основному иску с процентами и судебными издержками.

В случае, если суд выносит постановление о выплате паушальной суммы в качестве возмещения за телесные повреждения, судья также может предписать, чтобы она была депонирована у третьего лица, при условии, что оно будет регулярно отчислять потерпевшему сумму в размере, который определяется судьей.

Статья 522: Судья может в любое время санкционировать замену первоначального обеспечения другим равноценным обеспечением".

14. Принцип, которым руководствуются суды при назначении обеспечительных мер, является следующим:

"Предварительное приведение в исполнение обеспечительных мер осуществляется на риск заявителя, и, если решение отменяется, он несет ответственность за возмещение любого ущерба, причиненного в результате приведения в исполнение".

F. Германия

[Подлинный текст на английском языке]

15. Пункт 4 раздела 1041 Закона об арбитраже гласит:

> "В случае, если распоряжение о мере согласно пункту 1 настоящего параграфа (обеспечительная мера, предписанная третейским судом) оказывается изначально необоснованным, сторона, по просьбе которой она была приведена в исполнение, обязана возместить другой стороне ущерб, причиненный ей в результате исполнения такой меры или тем, что она предоставляет обеспечение с целью предотвратить приведение в исполнение. Такое требование может быть заявлено в текущем арбитражном разбирательстве".

16. Данное положение отражает положения законодательства Германии относительно обеспечительных мер, необоснованно назначенных государственными судами, и основывается на общем принципе права. Таким образом, оно было включено в Закон об арбитраже с общего согласия в целях разъяснения и с тем, чтобы вновь подчеркнуть, что сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительных мер без достаточного на то основания, должна возместить ущерб, причиненный в этой связи *ipso jure*, т.е. без положительно выраженного обязательства.

17. За исключением данного положения, не имеется иных законоположений, касающихся последствий принятия необоснованных обеспечительных мер.

G. Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

18. В разделе 12 Закона о международном арбитраже 1995 года, вводящего в действие Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже с изменениями, говорится, что третейский суд обладает полномочиями выносить предписания или отдавать распоряжения любой из сторон относительно:

– предоставления обеспечения для возмещения расходов,

– сохранности, временного хранения или продажи любой собственности, являющейся предметом спора,

– обеспечения суммы требования,

– предотвращения растраты активов любой из сторон,

– временного судебного запрета или иной обеспечительной меры.

19. Постановления и распоряжения третейского суда приводятся в исполнение с разрешения Высокого суда так же, как приводятся в исполнение постановления, вынесенные судом общей юрисдикции. Высокий суд обладает такими же полномочиями выносить предписания для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему, какими он обладает для целей судебных исков и разбирательств и по отношению к ним. Эти вопросы оговариваются в разделе 12 Закона о международном арбитраже.

20. Что касается ответственности за ущерб, причиненный в результате назначения обеспечительных мер, в отсутствие иной судебной практики предполагается, что практика в области обеспечительных мер, предписанных в ходе арбитражного разбирательства, следует практике в области обеспечительных мер, предписанных судами общей юрисдикции в рамках судебных разбирательств в таких судах.

21. Основной характерной особенностью судебной практики является то, что от заявителя ходатайства почти всегда требуется взять на себя обязательство о

выполнении любого постановления, которое суд может вынести в отношении ущерба, если впоследствии окажется, что постановление было вынесено необоснованно. Фактически, ходатайствуя о принятии меры, истец всегда берет на себя такое обязательство. По ходатайству той стороны, которую должна затронуть данная мера, суд может потребовать от заявителя подкрепить обязательство, предоставив обеспечение, например, в виде банковской гарантии.

22. Суд может вынести постановление о возмещении ущерба, если, например, в конце разбирательства истец не обосновывает свое исковое требование. Такое происходит, если, например, истец, добившись постановления об обеспечении исковой суммы, в конце процесса полностью проигрывает дело. В таком случае может быть сделан вывод, что ходатайство о назначении обеспечительной меры было необоснованным, и ответчику должен быть возмещен ущерб, причиненный в результате такого необоснованного постановления.

23. Обязательство в отношении возмещения ущерба требуется для вынесения постановлений об обеспечительных мерах, предписанных как на основе *ex parte*, так и на основе *inter partes*. В случае вынесения постановления *ex parte*, истец обязан предоставить полную и достоверную информацию о тех факторах, которые могут свидетельствовать против необходимости в назначении испрашиваемой меры. Если впоследствии оказывается, что истец, обращаясь с ходатайством о вынесении меры *ex parte*, утаил от суда существенные факты, постановление *ex parte* может быть аннулировано уже только по этой причине, независимо от других существенных аспектов. Кроме того, в такой ситуации истец обязан выполнить свое обязательство о возмещении ущерба.

24. Судебная практика Сингапура в отношении обеспечительных мер аналогична судебной практике Англии и других стран общего права.

H. Испания

[Подлинный текст на испанском языке]

25. В Законе о гражданском судопроизводстве (Закон 1/2000, 7 января) прямо предусматривается, что любое лицо, являющееся стороной арбитражного разбирательства за границей, может обратиться в испанский суду с просьбой о назначении обеспечительных мер. Согласно статье 733 данного Закона, сторона может ходатайствовать о назначении обеспечительных мер *inaudita parte (ex parte*) в случаях крайней необходимости или в тех случаях, когда в результате слушания вопрос об обеспечительной мере может быть успешно передан на рассмотрение в арбитражном порядке. Обеспечение должно предоставляться как в случае ходатайства о вынесении мер *inter partes*, так и в случае ходатайства о вынесении обеспечительных мер *ex parte*. После назначения той или иной обеспечительной меры и предоставления обеспечения приведение в исполнение следует автоматически.

26. Обеспечительные меры *inter partes*:

> Согласно статье 745 данного Закона, в случае, если суд выносит решение в пользу ответчика, или в случае отказа от иска или прекращения дела "все назначенные обеспечительные меры отменяются автоматически" и, по ходатайству ответчика, принимается решение относительно любого "ущерба, который мог быть причинен ответчику"[10].

[10] Статья 745. *Отмена мер после вынесения решения в пользу ответчика.*

В случае освобождения от ответственности или вынесения решения в пользу ответчика, автоматически отменяются все назначенные обеспечительные меры и выполняются положения статьи 742 относительно ущерба, который мог быть причинен ответчику. Аналогичная процедура применяется в случае отказа от исковых требований или прекращения дела.

27. Обеспечительные меры *inaudita parte (ex parte)*:

Согласно статье 739 данного Закона, суд обязан информировать другую сторону о судебном постановлении, в котором была назначена мера, чтобы дать ей возможность заявить возражения. Возражения могут быть представлены в течение 20 дней после уведомления о постановлении суда. Копия документа передается другой стороне, что позволит ей также подготовить документы к представлению.

Согласно статье 741 данного Закона, после слушания суд может:

a) поддержать обеспечительную меру. В таком случае "расходы на представление возражений несет сторона, представившая возражения";

b) отменить обеспечительную меру. В таком случае "издержки и ущерб, причиненные обеспечительной мерой, оплачиваются заявителем"[11].

I. Швейцария

[Подлинный текст на французском языке]

28. Статья 364 нового Закона о гражданском судопроизводстве, касающаяся временных мер, обеспечения и ущерба, гласит, что:

"1. Если стороны не договорились об ином, третейский суд или суд общей юрисдикции может, по ходатайству одной из сторон, предписать обеспечительные меры с целью, помимо прочего, защиты доказательств.

2. Если лицо, против которого направлены меры, не подчиняется им добровольно, третейский суд или одна из сторон с согласия этого суда может обратиться в суд общей юрисдикции с ходатайством о вынесении необходимого постановления. Суд применяет свою собственную процедуру.

3. Третейский суд или суд общей юрисдикции могут обусловить приведение в исполнение необходимых обеспечительных мер предоставлением соответствующего обеспечения, в случае, если такие меры могут причинить ущерб другой стороне.

4. Заявитель несет ответственность за ущерб, причиненный другой стороне необоснованными обеспечительными мерами. Если он может доказать, что, подавая ходатайство, он действовал добросовестно, третейский суд может уменьшить сумму возмещения ущерба или отказаться от его присуждения. Требования могут заявляться в ходе тех проводимых арбитражных разбирательств.

5. Обеспечение высвобождается после того, как устанавливается, что иск о возмещении ущерба предъявляться не будет; в случае неопределенности третейский суд предоставляет заинтересованной стороне дополнительное время для принятия мер".

---

[11] Статья 741. *Передача возражений заявителю, слушание и принятие решения.*

1. Возражения передаются заявителю, после чего немедленно выполняются положения статьи 734.

2. В течение пяти дней после слушания суд выносит письменное решение относительно возражений. В случае отмены обеспечительных мер заявитель несет ответственность за издержки и любой ущерб.

J. Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

29. За редкими исключениями, федеральные суды и суды штатов в Соединенных Штатах возлагают на одну из сторон ответственность за ущерб, причиненный другой стороне в результате необоснованно предписанной обеспечительной меры. Как правило, федеральные законы и законодательство штатов предписывают, чтобы сторона, ходатайствующая о вынесении временного судебного запрета или судебного приказа о временном запрещении, предоставляла в качестве обеспечения залог, который впоследствии может быть использован для возмещения пострадавшей стороне всех причиняемых издержек и финансового ущерба, в случае, если окажется, что мера была назначена необоснованно.

30. Общий порядок вынесения постановлений о временных и бессрочных судебных запретах и судебных приказах о временном запрещении по федеральному праву, в том числе положения о предотвращении злоупотребления запретительными средствами судебной защиты, определяются в правиле 65 федеральных правил гражданского судопроизводства. В частности, в правиле 65(c) говорится, что стороны, ходатайствующие о назначении предварительного средства судебной защиты, должны предоставить суду залог:

> "Судебный приказ о временном запрещении или постановление о временном судебном запрете выносится только после предоставления заявителем обеспечения на сумму, которую суд сочтет надлежащей, для возмещения таких издержек и ущерба, которые были понесены любой стороной или причинены любой стороне, по отношению к которой, как было установлено, были необоснованно применены запретительные или ограничительные меры".

31. Обеспечивается строгое соблюдение требования о предоставлении обеспечения в виде залога. Суды признают, что обеспечение в виде залога призвано гарантировать возмещение издержек и ущерба, которые сторона понесла или который был ей причинен, если впоследствии оказывается, что по отношению к этой стороне запретительные или ограниченные меры были применены необоснованно. В деле *Blumenthal v Merrill Lynch*, 910 F.2d 1049, 1055-1056 (2d Cir. 1990) апелляционный суд США второго округа постановил, что бывшие сотрудники, отстаивавшие свои права по одному из центральных вопросов в арбитражном разбирательстве, имеют право на возмещение ущерба, непосредственно причиненного им наложением временного судебного запрета. Суды седьмого, девятого и одиннадцатого округов в аналогичных обстоятельствах пришли к такому же выводу.

32. Согласно правилу 65(c), считается, что запретительные или ограничительные меры неправомерно были применены к той или иной стороне в том случае, если она имела право делать то, что ей было запрещено делать. *Nintendo of America v. Lewis Galoob Toys,* Inc., 16 F.3d 1032, 1036. *См. также Blumenthal* 910 F.2d, 1054 ("Решая вопрос о неправомерности, необходимо сосредоточить внимание на том, следовало ли, в свете окончательного решения по существу, принятого по окончании разбирательства, изначально налагать запрет".). В ряде обстоятельств даже та сторона, которая не выиграла полностью дела по существу и которой было предписано возместить часть ущерба, может тем не менее получить возмещение за ущерб, причиненный ей в результате неправомерно вынесенного постановления об обеспечительной мере (*там же*, 1056).

33. Правило 65(c) предписывает необходимость предоставления залога, и окружные суды могут отступать от этого требованием лишь в очень редких

случаях. Если суд даже не рассматривает вопрос о предоставлении обеспечения в виде залога, это признается упущением, дающим основание для отмены решения. Например, суд третьего округа в деле *Hoxworth v Blinder, Robinson & Co. 903 F.2d 186,209-211(3d Cir.1990)* постановил, что, не потребовав от истцов в гражданском разбирательстве по иску, представленному на основании Закона о связанных с рэкетом и коррумпированных организациях (RICO), предоставить залог, суд совершил упущение, дающее основание для отмены решения. Суд четвертого округа в деле *District 17, U.M.W.A.V. A & M Trucking*, 991 F.2d 108, 110 (4th Cir.1993) и суд пятого округа в деле *Philips v Chas. Schreiner Bank*, 894 F.2d 127, 131 (5th Cir.1990) пришли к аналогичному выводу.

34. Если у стороны недостаточно средств для предоставления залога и необходимость его предоставления может помешать этой стороне потребовать соблюдения важных федеральных законов и прав (как, например, в исках о дискриминации при найме на работу) или может затронуть способность стороны осуществить свое право на судебный пересмотр, суд может отступить от требования о предоставлении залога. Дело *Crowley v Local No. 82*, 679 F.2d 978,1000 (1st Cir. 1982). Если разбирательство ведется в публичных интересах и у заявителя ходатайства недостаточно средств для предоставления обеспечения, как, например, в деле *Pharmaceutical Society v New York Dep't of Soc. Servs.*, 50 F.3d 1168, 1174-1175(2d. Cir. 1995), суд также может отступить от данного требования. Если ответчик не рискует понести финансовые потери или если у заявителя ходатайства достаточно финансовых средств для возмещения любого ущерба, как в деле *Continental Oil Co. v Frontier Ref. Co.*, 338 F.2d 780, 782-783 (10th Cir. 1964), суды также отступают от требования о предоставлении залога.

35. Сумма залога устанавливается по усмотрению суда (дело *Alexandria v Primerica Holdings Inc*, 811 F.Supp. 1025, 1038(D.N.J. 1993), *см. также* дело *Gateway E. Ry. v. Terminal R.R. Ass'n*, 35 F.3d 1134, 1141-1142(7th Cir. 1994)).

II. Работа международных организаций

A. Принципы Ассоциации международного права

[Подлинный текст на английском языке]

36. На своей шестьдесят седьмой Конференции, состоявшейся в 1996 году, Ассоциация международного права приняла "Принципы о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах"[12] ("Принципы АМП"), которые были разработаны с учетом особенностей международных судебных тяжб по сравнению с обеспечительными мерами, предписываемыми судом для содействия международному арбитражному разбирательству. (Принципы воспроизводятся дословно в пункте 108 документа A/CN.9/WG.II/ WP.108). Положение об ответственности и комментарий к нему гласят следующее:

Положение:

"Суд должен иметь право потребовать от истца обеспечения или иных средств возмещения ответчику или третьим сторонам ущерба, который может быть причинен в результате вынесения постановления. При решении вопроса о вынесении постановления об обеспечении суд должен учитывать

[12] Ассоциация международного права (АМП), доклад о работе шестьдесят седьмой Конференции, состоявшейся в Хельсинки 12–17 августа 1996 года, Комитет по международным гражданским и торговым тяжбам, второй предварительный доклад о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах, опубликован АМП, Лондон, 1996 год.

способность истца удовлетворить требование о возмещении такого ущерба".

Комментарии:

В качестве одной из гарантий для ответчика суд может нуждаться в полномочиях потребовать от истца обеспечения или выполнения иных условий (например, в форме обязательства истца предоставить возмещение ответчику, если обеспечительные меры оказываются необоснованными) применительно к возможному нанесению ответчику или третьим сторонам ущерба в результате вынесения предписания, в частности, тогда, когда такое предписание является необоснованным или имеет слишком общий характер. Если обязательство возместить ущерб оказывается недостаточным и суд рассматривает вопрос о вынесении предписания относительно обеспечения, во внимание может также приниматься способность истца удовлетворить требование о возмещении такого ущерба (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 58).

B. Американский институт права/МИУЧП: проект принципов и правил транснациональной гражданско–правовой процедуры

[Подлинный текст на английском языке]

37. Проект принципов и правил транснациональной гражданско–правовой процедуры является совместным проектом по разработке процессуальных правил, которые страны могут принять в целях разрешения споров, вытекающих из международных сделок. Пересмотренный в апреле 2003 года текст проекта принципов содержит следующие принципы, касающиеся возмещения ущерба, и комментарии к ним:

"Положение:

8.3 Заявитель ходатайства о назначении временных мер несет ответственность за полное возмещение ущерба, причиненного тому или иному лицу, против которого были направлены эти меры, в случае, если при последующем рассмотрении с участием других сторон суд решает, что такие меры не должны были назначаться. Суд может потребовать от лица, обратившегося с ходатайством о принятии временных мер, предоставления залога или официального принятия на себя обязательства по выплате возмещения.

Комментарии:

P-8F. Принцип 8.3 уполномочивает суд потребовать предоставления залога или иного возмещения в качестве меры защиты от неудобств и ущерба, которые могут возникнуть в результате такого запрета. Конкретные особенности такого рода возмещения должны определяться правом суда. Обязательство о возмещении ущерба должно быть прямо оговорено, а не просто подразумеваться, и может быть приведено в соответствие с формальными требованиями посредством внесения залога, гарантированного третьей стороной".

E. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии

(A/CN.9/WG.II/WP.128) [Подлинный текст на английском языке]

Введение

1. На своей тридцать шестой сессии (Нью–Йорк, 4–8 марта 2002 года) и на своей тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) Рабочая группа обсудила проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже ("Типовой закон ЮНСИТРАЛ"), касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/523, пункты 15–76; A/CN.9/508, пункты 51–94; предшествующие обсуждения см. A/CN.9/468, пункты 60–87; A/CN.9/485, пункты 78–106; A/CN.9/487, пункты 64–87) и рассмотрела различные предложения относительно пересмотра этой статьи (A/CN.9/WG..II/WP.119, пункт 74; A/CN.9/WG..II/WP.121).

2. На своей тридцать девятой сессии (Вена, 10–14 ноября 2003 года) Рабочая группа продолжила рассмотрение проекта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ ("предыдущий проект") на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG..II/WP.123). Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/545.

3. Для содействия возобновлению обсуждений в настоящей записке излагается новый пересмотренный вариант статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ ("пересмотренный проект") с учетом результатов обсуждений и решений, принятых на тридцать девятой сессии Рабочей группы

Новый пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры

1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, предписать обеспечительные меры.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым производится окончательное урегулирование спора, третейский суд предписывает сторонам:

a) поддерживать или восстановить статус–кво до вынесения решения об урегулировании спора;

b) принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать такой ущерб;

c) предоставить [в предварительном порядке] средства [обеспечения наличия] [сохранения] активов, за счет которых может быть выполнено последующее решение; или

d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально–правовое значение для урегулирования спора.

3) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что:

a) может быть причинен [непоправимый вред], если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера, если такая мера будет предписана; и

b) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любое последующее решение.

4) Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

5) Запрашивающая сторона незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых эта сторона представила просьбу или третейский суд предписал обеспечительную меру. Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, передаются другой стороне.

6) Третейский суд может в любое время изменить, приостановить или прекратить [предписанную им] обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон.

[6 бис) Запрашивающая сторона несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, с даты предписания такой меры и в течение всего срока ее действия [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]. Третейский суд может принять решение о незамедлительном возмещении убытков.]

7) a) [Если стороны не договорились об ином] [Если стороны прямо договорились об этом], третейский суд может [, в исключительных обстоятельствах,] предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, если [запрашивающая сторона показывает, что]:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

ii) [соблюдаются условия, изложенные в пункте 3]; и

iii) запрашивающая сторона [показывает] [убеждает третейский суд в том], что необходимо действовать таким образом для обеспечения того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые обеспечительной мерой стороне, в отношении которой она принимается, с даты предписания такой меры и в течение всего срока ее действия [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]. Третейский суд может принять решение о незамедлительном возмещении убытков.

c) Третейский суд требует от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

d) *Вариант 1*: Третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения подпункта (b) [и (c)] выше или в связи с этим подпунктом, [в любое время в ходе арбитражного разбирательства].

Вариант 2: Сторона может в любое время в ходе арбитражного разбирательства заявить требование согласно подпункту (b).

e) *Вариант A*: Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность изложить свою позицию перед третейским судом при первой же возможности и в любом случае не позднее, чем через [сорок восемь] часов после направления этого уведомления, или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах.

Вариант B: Любой стороне, затрагиваемой обеспечительной мерой, принятой в соответствии с настоящим пунктом, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность изложить свою позицию перед третейским судом в течение [сорока восьми] часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах.

f) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, прекращает действовать по истечении двадцати дней с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры, если эта мера не была подтверждена, продлена или изменена третейским судом, [по заявлению запрашивающей стороны и] после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свою позицию. Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, передаются другой стороне.

g) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, [информирует третейский суд о всех обстоятельствах] [представляет третейскому суду информацию, касающуюся всех обстоятельств], которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения того, [были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте] [должен ли третейский суд предписать такую меру].

Примечания к пересмотренному проекту

Пункт 1

4. Рабочая группа приняла пункт 1 без изменений (A/CN.9/545, пункт 20).

Пункт 2

Исчерпывающий характер перечня обеспечительных мер

5. Рабочая группа согласилась с тем, что, поскольку все цели, для достижения которых могут быть предписаны обеспечительные меры, в целом охвачены пересмотренным перечнем обстоятельств, содержащимся в пункте 2, не существует необходимости в придании этому перечню неисчерпывающего характера за счет включения подпункта, оставляющего открытой возможность

для третейского суда предписывать обеспечительную меру в исключительных обстоятельствах (A/CN.9/545, пункт 21).

Вводная часть

6. Вводная часть пункта 2 воспроизводится без каких-либо изменений по сравнению с предыдущим проектом.

Подпункты (a) и (b) – "[с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения]"

7. Рабочая группа постановила исключить формулировку в квадратных скобках "[с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения]", поскольку она может быть неправильно истолкована как налагающая дополнительное условие, которое должно быть соблюдено до вынесения обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 22).

Подпункт (a) – "поддерживать или восстановить статус–кво"

8. Было решено сохранить подпункт (a), в котором излагается концепция поддержания статуса–кво, поскольку эта концепция широко используется и прекрасно понимается во многих системах в качестве одной из целей предписания обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 23).

Подпункт (b) – "которые могут вызвать"

9. Слова "is likely to cause" в тексте на английском языке были заменены словами "would cause", с тем чтобы отразить решение Рабочей группы относительно необходимости принимать во внимание тот факт, что в момент обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры часто не имеется достаточных фактов, доказывающих, что если та или иная конкретная мера не будет принята или если та или иная сторона не воздержится от ее принятия, то это неизбежно повлечет за собой ущерб. Ряд делегаций выразили обеспокоенность тем, что подобная формулировка может установить пороговое требование для получения обеспечительной меры на слишком низком уровне и может привести к наделению третейского суда слишком широкой свободой усмотрения в вопросе о вынесении обеспечительных мер (A/CN.9/545, пункт 25).

Подпункт (c) – "[обеспечение наличия] [сохранение] активов"

10. Рабочая группа приняла к сведению предложение о том, чтобы редакционная группа, которая на более позднем этапе будет создана Секретариатом для обеспечения соответствия между текстами на различных языках, рассмотрела возможность использования вместо слов "обеспечение наличия активов" формулировки "сохранение активов", с тем чтобы указать, что эта формулировка касается обеспечения наличия активов и не должна во всех случаях толковаться как требующая юридических гарантий или обеспечения (A/CN.9/545, пункт 26).

Подпункт (c) – "в предварительном порядке"

11. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение вопроса о сохранении или исключении слов "в предварительном порядке", которые, по мнению ряда делегаций на тридцать девятой сессии Рабочей группы, потенциально могут ввести в заблуждение (A/CN.9/545, пункт 26).

Подпункт (d) – сохранение доказательств

12. Несмотря на мнение о том, что подпункт (d) является излишним для некоторых правовых систем, Рабочая группа решила сохранить подпункт (d) на том основании, что вопрос о сохранении доказательств необязательно

достаточно полно регулируется внутренними нормами гражданской процедуры во всех странах (A/CN.9/545, пункт 27).

Пункт 3

Вводная часть

13. Включение формулировки "Сторона, запрашивающая обеспечительные меры, убеждает третейский суд в том, что" позволяет отразить решение Рабочей группы использовать нейтральную формулировку стандарта доказывания и при этом четко указать, что бремя доказывания лежит на запрашивающей стороне (A/CN.9/545, пункт 28).

Подпункт (a) – "[непоправимый вред]"

14. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение термина "непоправимый вред", который был сочтен слишком узким в коммерческом контексте, в котором большинство последствий может быть исправлено путем уплаты денежной компенсации, в то время как, согласно другому мнению, понятие "непоправимого вреда" хорошо известно во многих правовых системах и доказывание такой ситуации является обычным предварительным условием для вынесения обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 29).

Подпункт (a) – "может быть"

15. По тем же причинам, которые разъяснялись выше в пункте 9, слова "будет причинен" будут заменены словами "может быть причинен" (A/CN.9/545, пункт 30).

Подпункт (a) – "сторона, в отношении которой принимается такая мера"

16. Формулировка этого пункта была изменена для обеспечения соответствия с принятым Рабочей группой решением о том, что вместо формулировки "сторона, затрагиваемая такой мерой" следует использовать формулировку "сторона, в отношении которой принимается такая мера" (A/CN.9/545, пункт 54). В целях обеспечения соответствия это изменение было внесено в подпункты (a), (b) и Вариант A подпункта (e) пункта 7 пересмотренного проекта (см. пункты 35, 44 и 49 ниже).

Подпункт (b)

17. Рабочая группа приняла подпункт (b) без изменений (A/CN.9/545, пункты 31 и 32).

Пункт 4

18. Формулировка пункта 4 отражает решение Рабочей группы о том, что слова "[С учетом положений пункта 7 (b)(ii),] [за исключением случаев, когда предоставление обеспечения является обязательным в соответствии с пунктом 7 (b)(ii),]" следует исключить, поскольку в оставшемся тексте пункта 4 четко устанавливается, что третейский суд при любых обстоятельствах сохраняет право потребовать предоставления обеспечения в качестве условия вынесения решения об обеспечительной мере (A/CN.9/545, пункты 33 и 34).

Пункт 5 (*пункт 6 предыдущего проекта*)

Место пунктов 5 и 6

19. В пересмотренном проекте отражено решение Рабочей группы о том, что если пункт 6 будет помещен перед пунктом 5, то это позволит должным образом подчеркнуть обязательство сторон информировать третейский суд о любых изменениях в обстоятельствах, на основе которых была предписана обеспечительная мера (A/CN.9/545, пункты 39 и 44).

Сообщение информации обеим сторонам

20. Второе предложение пункта 5 сформулировано по аналогии с первым предложением статьи 24(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы отразить решение Рабочей группы о том, что вся информация, представляемая одной из сторон третейскому суду согласно этому пункту, должна сообщаться также и другой стороне (A/CN.9/545, пункт 45).

"с момента представления просьбы"

21. В соответствии с решением Рабочей группы слова "с момента представления просьбы", которые использовались в предыдущем проекте, были исключены, поскольку момент возникновения обязанности информировать с очевидностью вытекает из оставшейся части текста данного пункта, а именно из слов "на основании которых эта сторона запрашивала обеспечительную меру" (A/CN.9/545, пункт 46).

"запрашивала"

22. Для разъяснения обязанности информировать слово "запрашивала" заменено словами "представила просьбу" (A/CN.9/545, пункт 46).

Пункт 6 (*пункт 5 предыдущего проекта*)

Место пункта 6

23. По причинам, изложенным в контексте обсуждения пункта 5 пересмотренного проекта (см. выше, пункт 19), Рабочая группа постановила изменить нумерацию пункта 6 на пункт 5, а пункта 5 – на пункт 6 (A/CN.9/545, пункты 39 и 44).

"изменить или прекратить"

24. В интересах полноты изложения и повышения согласованности между проектами статьи 17 и 17 бис слова "изменить или прекратить" были заменены формулировкой "изменить, приостановить или прекратить" (A/CN.9/545, пункт 35).

"[с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств]"

25. Рабочая группа согласилась исключить слова "[с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств]", которые содержались в предыдущем проекте, поскольку арбитры, как правило, разъясняют в тексте своего решения причины, которыми они руководствовались при вынесении решения о предписании обеспечительной меры, а также поскольку эти слова могут быть неверно истолкованы как неоправданно ограничивающие свободу усмотрения арбитров при вынесении решения о предписании обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 36).

Изменение обеспечительной меры по инициативе третейского суда

26. После обсуждения вопроса о том, может ли третейский суд изменять или прекращать действие обеспечительной меры по собственной инициативе, и, если может, – вопроса о том, какие условия должны соблюдаться (A/CN.9/545, пункты 37–40), Рабочая группа решила изменить формулировку пункта 6, как это отражено в пересмотренном проекте.

27. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли формулировка пересмотренного проекта "предписанную им", заключенная в квадратные скобки, решение Рабочей группы о том, что третейский суд может изменять или прекращать обеспечительные меры, предписанные только самим этим третейским судом, независимо от того, действует ли третейский суд по ходатайству какой–либо стороны или по своей собственной инициативе (A/CN.9/545, пункт 41).

Пункт 6 бис

Общее положение об ответственности

28. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в отличие от подпункта 7(b) в контексте обеспечительных мер *inter partes*, которые, как это оказывается впоследствии, были вынесены необоснованно, никакого положения об ответственности не предусматривается (A/CN.9/545, пункты 48, 60 и 61). В поддержку установления такого общего положения об ответственности было указано, что в любом случае та или иная конкретная мера может быть в конечном итоге сочтена необоснованной и наносящей ущерб ответчику. В то же время определенные возражения были заявлены против мнения о том, что пункт 7 (b) должен в целом применяться как к мерам *ex parte*, так и к мерам *inter partes*, поскольку строгая ответственность, налагаемая согласно пункту 7 (b), является уместной с учетом природы мер *ex parte* в результате рисков, неотъемлемо присущих такой процедуре. Было также указано, что вопросы вины и неверного изложения фактов применительно к режиму *inter partes* могут регулироваться национальными процессуальными нормами.

29. Пункт 6 бис пересмотренного проекта отражает решение Рабочей группы о том, что в пересмотренный проект для дальнейшего рассмотрения следует включить новый пункт, в котором должен воспроизводиться текст пункта 7 (b) в контексте мер *inter partes* (A/CN.9/545, пункт 60). В пункте 6 бис отражены также следующие изменения, согласованные Рабочей группой в отношении соответствующих положений, касающихся мер *ex parte* (см. комментарии в отношении пункта 7 (b) пересмотренного проекта в пункте 43 ниже, и пункт 66 документа A/CN.9/545):

– сторона, в отношении которой принимается обеспечительная мера, имеет право требовать компенсацию незамедлительно после того, как обеспечительная мера была предписана третейским судом, и без задержек получить решение о присуждении убытков;

– убытки в связи с обеспечительной мерой будут относиться только к периоду времени с момента предписания обеспечительной меры до момента окончания действия такой меры.

Следует отметить, что пункт 6 бис в существующей формулировке не обеспечивает надлежащего решения для случая, когда возникает несоответствие между моментом предписания обеспечительной меры и моментом ее вступления в силу. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса.

30. При обсуждении пункта 6 бис Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание высказанные на предыдущей сессии другие соображения о том, что ссылка на потери и обстоятельства, при которых такие потери подлежат возмещению, не определена достаточным образом, поскольку она может охватывать как прямые, так и косвенные убытки, причиненные такой мерой, или может быть предписана в зависимости от того, будет ли данная мера сочтена обоснованной или необоснованной. Были высказаны различные мнения по вопросу о том, следует ли сохранить более широкое определение потерь (которое предусматривало бы соответствующие защитительные оговорки) или же более ограниченное определение (которое ограничивало бы сферу действия этой нормы прямыми убытками) (A/CN.9/545, пункт 64), а также о том, должна ли запрашивающая сторона нести ответственность только в том случае, если данная мера будет в конечном счете сочтена необоснованной. Были заданы вопросы относительно значения слова "необоснованный", а также о том, должно ли понятие "необоснованности" меры оцениваться *per se* или же в свете результатов решения дела по существу. Решительная поддержка была выражена мнению о том, что окончательное решение дела по существу не должно являться

существенным элементом при определении обоснованности обеспечительной меры (A/CN.9/545, пункт 65). Было указано, что слова "в надлежащей степени" следует сохранить, с тем чтобы указать на законность меры. Были высказаны другие мнения относительно отсутствия необходимости в тексте, заключенном в квадратные скобки, поскольку он не предусматривает каких–либо новых элементов. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этих вопросов (A/CN.9/545, пункт 68).

31. В процессе подготовки к продолжению Рабочей группой обсуждений по этой теме было решено, что необходимо провести дополнительные исследования, касающиеся режимов ответственности в контексте национального законодательства об обеспечительных мерах. Делегациям было предложено представить информацию о предусмотренных в национальном законодательстве режимах ответственности применительно к обеспечительным мерам. Информация, представленная делегациями, излагается в документе A/CN.9/WG..II/WP.127.

Пункт 7

Подпункт (a)

"[Если стороны не договорились об ином] [Если стороны прямо договорились об этом]"

32. Заключенные в квадратные скобки формулировки "[Если стороны не договорились об ином] [Если стороны прямо договорились об этом]" отражают результаты обсуждений Рабочей группы по вопросу о том, являются ли полномочия предписывать обеспечительные меры действительными при всех обстоятельствах или только в том случае, когда стороны прямо договорились применять правовой режим, предусмотренный в пункте 7. Оба варианта получили определенную поддержку, и Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение по этому вопросу (A/CN.9/545, пункт 52).

"в исключительных обстоятельствах"

33. Рабочая группа не достигла консенсуса по вопросу о том, следует ли сохранить слова "в исключительных обстоятельствах" (A/CN.9/545, пункт 53), и Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого вопроса.

34. Были высказаны следующие мнения (A/CN.9/545, пункт 53):

– одно мнение заключалось в том, что эти слова являются излишними, поскольку обстоятельства, перечисленные в подпунктах (a) (i)–(iii), относятся только к исключительным обстоятельствам;

– другое мнение заключалось в том, что необходимо разъяснить, что слова "в исключительных обстоятельствах" относятся только к тем обстоятельствам, которые перечислены в подпунктах (a) (i)–(iii);

– противоположное мнение заключалось в том, что эти слова следует сохранить, с тем чтобы подчеркнуть, что меры *ex parte* следует предписывать в действительно исключительных обстоятельствах. В поддержку этого мнения было указано, что обстоятельства, перечисленные в подпункте (a), отнюдь не обязательно являются исключительными.

"[в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой]"

35. Рабочая группа решила, что словам "в отношении которой принимается такая мера" следует отдать предпочтение по сравнению со словами "затрагиваемой такой мерой", поскольку последняя формулировка не является ясной с учетом того, что обеспечительная мера потенциально может "затрагивать" множество сторон (A/CN.9/545, пункт 54). Соответствующие

изменения были внесены в пункты 3 (a), 7(b) и Вариант A пункта 7 (e) пересмотренного проекта (см. пункт 16 выше и пункты 44 и 49 ниже).

"если [запрашивающая сторона показывает, что]"

36. Заключенная в квадратные скобки формулировка позволяет отразить предложение о том, что слова "запрашивающая сторона показывает, что" или любую другую формулировку, которая может быть согласована в контексте подпункта (a) (iii) (см. ниже пункт 40), следует перенести вводную часть пункта 7 (a) с тем, чтобы ясно показать, что они относятся ко всем элементам пункта 7 (a), а не только к подпункту (a) (iii) (A/CN.9/545, пункт 58). Если Рабочая группа согласится с этим предложением, то необходимо будет соответствующим образом скорректировать формулировку подпункта (a) (iii).

Подпункт (a) (i)

37. Рабочая группа сочла содержание подпункта (a) (i) в целом приемлемым (A/CN.9/545, пункт 55).

Подпункт (a) (ii)

38. В новой формулировке отражено решение Рабочей группы заменить в тексте на английском языке слово "circumstances" словом "conditions", с тем чтобы лучше отразить характер перечня, содержащегося в пункте 3 (A/CN.9/545, пункт 56).

39. Рабочая группа не приняла окончательного решения по вопросу о сохранении подпункта (a) (ii). Было высказано мнение, что подпункт (a) (ii), который касается только "условий, изложенных в пункте 3", может быть неправильно истолкован в качестве положения, исключающего применение пунктов 5 и 6 в отношении обеспечительных мер *ex parte*. Было вновь указано, что подпункт (a) (ii) был включен, для того чтобы избежать любых сомнений в отношении того, что все предварительные условия, применимые к предписанию обеспечительных мер *inter partes*, должны применяться также в отношении обеспечительных мер, которые предписываются *ex parte*. Было указано, что если подчеркивание этого момента порождает сомнения в отношении применимости других пунктов, то подпункт (a) (ii) следует исключить (A/CN.9/545, пункт 56). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса.

Подпункт (a)(iii)

40. Рабочая группа не приняла окончательного решения по вопросу о том, следует ли слова "запрашивающая сторона показывает" привести в соответствие с измененным текстом, который был согласован для вводной формулировки пункта 3, который предусматривает, что "запрашивающая сторона убеждает третейский суд в том, что" (см. пункт 13 выше). В отношении этого предложения были высказаны определенные возражения на том основании, что для обеспечительных мер *ex parte* следует предусмотреть более высокий стандарт доказывания (A/CN.9/545, пункт 57). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого вопроса.

41. Тем не менее Рабочая группа приняла к сведению предложение перенести слова "запрашивающая сторона показывает" во вступительную часть пункта 7(a), с тем чтобы ясно показать, что они относятся ко всем элементам пункта 7(a), а не только к подпункту (a)(iii) (A/CN.9/545, пункт 58). Это предложение отражено в пересмотренном проекте.

Подпункт (b) (подпункт (b)(i) предыдущего проекта)

42. В существующей формулировке отражено мнение о том, что подпункты (b)(i) и (ii) предыдущего проекта не следует сводить в единый пункт,

поскольку эти подпункты регулируют разные вопросы, а именно вопросы ответственности и обеспечения (A/CN.9/545, пункт 62).

Специальное положение об ответственности для обеспечительных мер ex parte

43. Как отмечалось выше в пунктах 28–31, Рабочая группа решила продолжить обсуждение вопроса о режиме ответственности применительно к положениям об ответственности, которые будут обсуждаться в контексте мер *inter partes* (A/CN.9/545, пункт 60). Если будет решено предусмотреть общий режим ответственности, то Рабочей группе необходимо будет рассмотреть вопрос о том, требуется ли какое-либо дополнительное специальное положение об ответственности, которое будет применяться в отношении обеспечительных мер *ex parte*.

"[в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой]"

44. Была выражена поддержка сохранению первой заключенной в квадратные скобки формулировке в интересах обеспечения соответствия с текстом подпунктов 3(a), 7(a) и вариантом A подпункта 7(e) (A/CN.9/545, пункт 67) (см. пункты 16 и 35 выше, а также пункт 49 ниже).

Подпункт (c) (подпункт (b)(ii) предыдущего проекта)

45. Формулировка этого подпункта отражает решение Рабочей группы о том, что в интересах обеспечения соответствия она должна быть приведена в соответствие с текстом, использованным в пункте 4 в связи с положением об обеспечении в контексте обеспечительных мер *inter partes*, за тем исключением, что разрешительная формулировка может быть заменена обязывающей (A/CN.9/545, пункт 69).

46. В пересмотренном проекте отражено решение Рабочей группы о том, что для усиления защитительных оговорок, необходимых в контексте обеспечительных мер *ex parte*, положения подпункта (c) должны быть признаны обязательным условием для вынесения обеспечительной меры *ex parte* (A/CN.9/545, пункт 70).

Подпункт (d) (подпункт (c) предыдущего проекта)

47. В подпункте (d) пересмотренного проекта излагается два варианта. Вариант 1, с небольшими изменениями, основан на тексте, содержавшемся в подпункте (c) предыдущего проекта. В соответствии с решением Рабочей группы исключены слова "В целях избежания сомнений" (A/CN.9/545, пункт 73).

48. Вариант 2 подпункта (d) основан на предложении, которое было выдвинуто на предыдущей сессии Рабочей группы, о том, что, поскольку третейский суд, несомненно, обладает компетенцией по вопросу об обеспечении согласно пункту 7(c), сферу действия подпункта (d) следует ограничить пунктом 7(b) (A/CN.9/545, пункт 72). Рабочая группа решила продолжить обсуждение вопроса о том, должен ли пункт 7(d) применяться в отношении подпунктов (b) и (c) или только в отношении подпункта (b), а также вновь рассмотреть предложение четко установить, что положение о компетенции применимо лишь до вынесения решения по существу дела (A/CN.9/545, пункт 72).

Подпункт (e) (подпункт (d) предыдущего проекта)

49. Следует напомнить, что после обсуждения Рабочая группа постановила продолжить работу над этим подпунктом на своей следующей сессии на основе двух вариантов, которые воспроизводятся в пересмотренном проекте (A/CN.9/545, пункты 75–79 и 81). Следует напомнить также, что, хотя была выражена поддержка в отношении варианта A подпункта (e), поскольку он обеспечивает гибкость и определенную свободу усмотрения третейского суда в отношении определения момента, когда следует заслушивать ответчика, было

выражено беспокойство в связи с тем, что в этом предложении недостаточно четко определяется момент времени, когда должно быть дано уведомление. В случае сохранения варианта B подпункта (e) Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, следует ли также сохранить слова "сторона, в отношении которой она принимается" (A/CN.9/545, пункт 74) или же следует отдать предпочтение в контексте пункта (e) словам "любой стороне, затрагиваемой обеспечительной мерой".

50. Были высказаны некоторые оговорки в отношении включения положения о сорокавосьмичасовом сроке или каком-либо другом конкретном сроке, который может оказаться слишком жестким и неадекватным в некоторых обстоятельствах. Было отмечено также, что включение формулировки, позволяющей суду определять другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах, может обеспечить соответствующую гибкость, но в то же время может лишить смысла сохранение в том же положении ссылки на строго определенный срок. Тем не менее широкую поддержку получило мнение о том, что включение положения о конкретном сроке отвечает двум целям: во-первых, подчеркнуть, что возможность быть заслушанным должна предоставляться незамедлительно, а также довести до сведения третейского суда, что ему следует быть готовым возобновить рассмотрение, с тем чтобы дать возможность ответчику быть заслушанным (A/CN.9/545, пункт 79).

51. Рабочая группа решила, что слова "возможность быть заслушанным" следует заменить словами "возможность изложить свою позицию", с тем чтобы охватить как заслушивание ответчика, так и представление им документов в письменной форме (A/CN.9/545, пункт 80).

52. Формулировку подпункта (e) необходимо будет пересмотреть, когда Рабочая группа рассмотрит вопрос о том, следует ли допускать приведение в исполнение обеспечительной меры *ex parte* (A/CN.9/545, пункт 82).

Подпункт (f) (подпункт (e) предыдущего проекта)

53. В пересмотренном проекте отражено решение Рабочей группы упростить формулировку этого подпункта (A/CN.9/545, пункты 83 и 84), а также включить требование о том, что материалы, на которых основывается ходатайство, должны предоставляться ответчику (A/CN.9/545, пункт 86).

54. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение вопроса о том, должно ли бремя ходатайства о сохранении в силе постановления по истечении двадцати дней лежать на стороне, в интересах которой принята мера (A/CN.9/545, пункт 87), как это предусмотрено в заключенной в квадратные скобки формулировке пересмотренного проекта.

Подпункт (g) (подпункт (f) предыдущего проекта)

55. Проект этого пункта был пересмотрен с учетом следующих предложений (A/CN.9/545, пункты 91 и 92):

– Одно предложение заключалось в том, чтобы заменить формулировку "несет обязательство информировать" словами "безотлагательно информирует". Тем не менее было указано, что слово "безотлагательно" является более приемлемым в контексте постоянного обязательства информировать о любых изменениях обстоятельств. Было также высказано мнение, что требование "информировать третейский суд" может быть слишком узким и что более предпочтительной была бы формулировка "предоставлять суду".

– Было предложено изменить формулировку этого подпункта следующим образом: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом [безотлагательно информирует] третейский суд о всех

обстоятельствах, относящихся к делу и являющихся существенными для определения третейским судом того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте". Для того чтобы разъяснить вопрос о том, что третейский суд сохраняет свободу усмотрения относительно вынесения обеспечительной меры, было предложено заменить формулировку "были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте", формулировкой "следует ли третейскому суду выносить запрашиваемое постановление". Если Рабочая группа отдаст предпочтение второму альтернативному варианту, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность замены слов "выносить запрашиваемое постановление" словами "предписывать обеспечительную меру" в целях обеспечения соответствия с пунктом 1.

– Другое мнение заключалось в том, что следует принять меры для включения в предлагаемый текст положений, обеспечивающих некоторую гибкость, отраженную в первоначальной формулировке подпункта (f). Для этих целей в пересмотренном проекте сохраняется формулировка, в которой говорится об "обстоятельствах, относящихся к делу и являющихся существенными для определения третейским судом".

F. Записка Секретариата об урегулировании коммерческих споров: обеспечительные меры: предложение Международной торговой палаты, представленное Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии

(A/CN.9/WG.II/WP.129) [Подлинный текст на английском языке]

Второго февраля 2004 года Секретариат получил предложение Генерального секретаря Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП) относительно пересмотренных проектов статей 17 и 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающихся, соответственно, обеспечительных мер, предписываемых третейскими судами, и признания и приведения в исполнение обеспечительных мер. Проекты статей, из которых исходят эти замечания, воспроизводятся в документах A/CN.9/WG.II/WP.123, A/CN.9/WG.II/WP.125 и A/CN.9/545. Текст предложения, включая пересмотренную редакцию статей 17 и 17 бис, приложен к настоящей записке в том виде, в котором он был получен Секретариатом.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ЗАМЕЧАНИЯ И ПРЕДЛОЖЕНИЕ ГЕНЕРАЛЬНОГО СЕКРЕТАРЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА МТП

Как вам известно, Международный арбитражный суд МТП чрезвычайно высоко оценивает предоставленную ему возможность участвовать в качестве наблюдателя в обсуждениях Рабочей группы II (Арбитраж) относительно возможных изменений статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Мы вполне осознаем тот факт, что целью Типового закона является отражение всемирного консенсуса относительно принципов и важных вопросов международной арбитражной практики, которые были бы приемлемы для государств всех регионов. В этой связи мы выражаем надежду, что наш опыт проведения более 13 000 арбитражных разбирательств в различных странах мира за последние 80 лет может оказаться полезным для делегатов при рассмотрении вопроса о желательности внесения изменений в статью 17 и – в случае, если это будет сочтено желательным – о том, каким образом следует внести такие изменения.

Арбитражный регламент МТП прямо разрешает сторонам обращаться за вынесением обеспечительных мер как к третейским, так и государственным судам. В делах, с которыми мы сталкивались, третейские суды выносили решения о различных обеспечительных мерах, в том числе требовали представления документов, предписывали предоставление одной из сторон банковских гарантий, запрещали сторонам передавать акции или востребовать банковские гарантии.

Ни одна из сторон, обращавшихся за вынесением обеспечительных мер к третейским судам в рамках проводимых под эгидой МТП разбирательств, не ходатайствовала об этом на основании ex parte (т.е. без уведомления противной стороны). В то же время в начале 2000 года был случай, когда одна из сторон ходатайствовала перед третейским судом о вынесении временной меры на основании inter partes (т.е. с уведомлением противной стороны) и этот суд предписал обеспечительную меру без заслушивания ответчика. Такое решение было, по всей видимости, вынесено по ошибке, и третейский суд отозвал свое

постановление по получении возражений ответчика и извинился за преждевременное решение.

Кроме того, в одном из дел в 2001 году сторона ходатайствовала перед третейским судом о вынесении меры на основании inter partes, а третейский суд обратился к ответчику с просьбой не предпринимать каких-либо действий в связи со спорными активами до вынесения решения третейского суда. Ответчик в добровольном порядке выполнил просьбу третейского суда. Получив документацию от ответчика, третейский суд удовлетворил ходатайство об обеспечительных мерах.

В свете нашего опыта мы склоняемся к мнению о том, что практика в отношении обеспечительных мер – особенно в том, что касается порядка рассмотрения подобных заявлений третейскими судами – находится в стадии развития. Так, мы не смогли определить наличия какого-либо всемирного консенсуса применительно к стандартам и практике вынесения обеспечительных мер третейскими судами. Соответственно, мы считаем, что при рассмотрении вопроса о целесообразности внесения изменений в статью 17 необходимо проявлять осмотрительность, особенно если эти изменения расширят полномочия третейских судов предписывать обеспечительные меры. С учетом вышесказанного мы хотели бы высказать следующие замечания по нынешним проектам статей 17 и 17 бис.

Мы считаем, что некоторые предложенные изменения вполне могут на практике оказать помощь сторонам и арбитрам в вопросе об обеспечительных мерах. В частности, по нашему мнению, установление стандартов применительно к предписанию обеспечительных мер (см. пункт 3 проекта статьи 17) окажет сторонам помощь в подготовке их ходатайств, а третейским судам – в оценке этих ходатайств, когда они будут получены. Аналогично, мы считаем, что установление стандартов, регулирующих вопросы приведения в исполнение обеспечительных мер (см. пункты 1 и 2 проекта статьи 17 бис), может оказать помощь государственным судам в оценке последствий таких мер.

В то же время другие предложенные изменения вызывают у нас обеспокоенность. В частности, речь идет о тех предложенных изменениях, которые 1) позволят третейским судам выносить решения об обеспечительных мерах на основе ex parte (см. пункт 7 проекта статьи 17) и 2) будут допускать приведение в исполнение таких мер государственными судами, причем, при определенных обстоятельствах, также на основе ex parte (см. пункт 6 проекта статьи 17 бис).

Включение таких положений в Типовой закон обусловит существенное отличие Типового закона от арбитражного законодательства в основных центрах международного арбитража (например, в Париже, Швейцарии, Лондоне и Нью–Йорке). Такие положения также вступят в коллизию со многими устоявшимися правилами арбитража, включая Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Это может ослабить роль Типового закона в качестве международного стандарта, отражающего всемирный консенсус, что снизит его полезность для стран, стремящихся к согласованию своего арбитражного законодательства с законами других правовых систем.

Исходя из нашего опыта, мы можем высказать мнение о том, что стороны и не ожидают, и не желают того, чтобы третейские суды обладали полномочиями ex parte. Если в Типовой закон будут внесены поправки, предусматривающие такие полномочия (и такой измененный Типовой закон будет введен в действие законодательными органами государств), осведомленные стороны могут, исходя из существующих у них опасений, отказаться от проведения арбитражного разбирательства в странах, принявших Типовой закон, а стороны неосведомленные могут столкнуться с неожиданным сюрпризом. Мы считаем,

что Типовой закон будет наилучшим образом служить развитию международного арбитража, если его положения будут соответствовать разумным ожиданиям сторон и их общим намерениям.

Это особенно верно с учетом того, что возможность предписания третейским судом обеспечительных мер на основе ex parte ставит проблемы должного соблюдения процессуальных требований. Сторона, которая исключена из производства ex parte, может никогда не узнать о том, что было сообщено третейскому суду – особенно, если сообщения делались устно, – и может испытывать обоснованную обеспокоенность тем, что третейский суд, приняв решение по заявлению ex parte, предрешил тем самым существенные вопросы дела. Таким образом, третейский суд, выносящий решение об обеспечительных мерах ex parte, может подорвать доверие сторон к арбитражному процессу и может снизить привлекательность арбитража в качестве средства разрешения споров. Кроме того, в тех принявших Типовой закон странах, в которых местные судебные органы с настороженностью относятся к расширению обращения к арбитражным процедурам, установление подобных полномочий может послужить только созданию дальнейших препятствий для развития арбитража.

С учетом этих моментов, вызывающих обеспокоенность, мы предложили бы исключить из нынешнего проекта статей 17 и 17 бис те положения, которые наделяют третейские суды полномочиями предписывать обеспечительные меры на основе ex parte и предусматривают возможность приведения таких мер в исполнение государственными судами. Вместо этого делегаты могли бы изучить вопрос о включении положений, которые будут регулировать ситуацию, когда третейские суды получают заявления о вынесении обеспечительных мер на основе inter partes и считают, что они должны принять решение по таким заявлениям до того, как противная сторона получит полную возможность предпринять ответные действия. Как отмечалось раньше, в нашей практике имелось два случая, когда подобная ситуация возникала. Разрешение третейским судам выносить решение о предварительных мерах, обеспечивающих сохранение status quo – на основе заявлений, которые сообщаются всем сторонам, и при направлении всем сторонам уведомления о предписании таких мер, – может оказать помощь третейским судам, получающим срочные ходатайства, которые требуют принятия решения до предоставления противной стороне возможности изложить свои доводы. Поскольку противная сторона в подобной ситуации еще не заслушивалась, мы бы рекомендовали, чтобы подобные предварительные меры не подлежали приведению в исполнение государственными судами на основании статьи 17 бис или какой-либо иной законодательной нормы. Вместо этого следовало бы предусмотреть, что стороне, нарушившей такую меру, могут быть предъявлены требования о возмещении ущерба в ходе проводимого арбитражного разбирательства. После того как обеим сторонам была предоставлена возможность быть заслушанными, третейский суд может предписать обеспечительную меру, которая будет подлежать приведению в исполнение государственными судами согласно статье 17 бис или аналогичной законодательной норме.

Наши предложения отражены в нижеприведенных пересмотренных текстах статей 17 и 17 бис. При этом мы хотели бы отметить, что мы отнюдь не предлагаем включить предложенные нами тексты собственно в Типовой закон. Мы, напротив, считаем, что с учетом развивающейся практики и отсутствия всемирного консенсуса в этой области любую альтернативную формулировку статьи 17 (включая статью 17 бис), которая может быть в конечном итоге принята, было бы лучше всего включить в дополнение к Типовому закону.

В заключение мы хотели бы отметить, что Председатель Международного арбитражного суда МТП доктор Роберт Бринер принял участие в подготовке настоящего письма и согласился с его содержанием.

Предлагаемые изменения к пункту 7 статьи 17

a) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может [, ~~в исключительных обстоятельствах,~~] предписать обеспечительную меру без предоставления стороне, [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], возможности [возразить против такой меры] [быть заслушанной] если:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

ii) соблюдаются условия, изложенные в пункте 3; и

iii) запрашивающая сторона показывает, что необходимо действовать таким образом для обеспечения того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона:

i) несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые такой мерой стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]; и

ii) предоставляет обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей [, в отношении любых издержек и потерь, упомянутых в подпункте (i),] [в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом];

iii) направляет уведомление о подаче заявления относительно принятия меры стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], в момент подачи заявления.

c) [В целях избежания сомнений] третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения [подпункта (b)] выше или в связи в этим подпунктом.

d) [Стороне, [в отношении которой принимается обеспечительная мера] [затрагиваемой принятой мерой], в соответствии с настоящим пунктом, ~~направляется уведомление о принятии меры и~~ предоставляется возможность [возразить против этой меры и] быть заслушанной третейским судом [~~, если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры,~~] [в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах].]

e) [Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней [с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры] [с даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны], и этот срок не может быть продлен. Настоящий подпункт не затрагивает полномочий третейского суда предписывать, подтверждать, продлевать или изменять обеспечительную меру в соответствии с пунктом 1 после того, как стороне [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], ~~направляется уведомление и~~ предоставляется возможность [изложить свои возражения против этой меры] [и быть заслушанной].

f) [Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд о всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально–правовое значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]

Предлагаемые изменения к пунктам 1 и 6 статьи 17 бис

1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, за исключением обеспечительной меры, вынесенной согласно статье 17(7), признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи.

Пункт 6 статьи 17 бис следует полностью исключить.

III. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО

A. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее двенадцатой сессии (Вена, 6-17 октября 2003 года)

(A/CN.9/544) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

			Пункты
I.	Введение		1–10
II.	Обсуждения и решения		11
III.	Подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов		12–181
	A.	Методология продолжения работы	12–15
	B.	Предварительные вопросы: название проекта документа	16–19
	C.	Рассмотрение ключевых вопросов проекта документа	20–181
		1. Сфера применения и исполняющие стороны	20–42
		a) Общая дискуссия	20–27
		b) Определения терминов "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона"	28–33
		c) Определение "исполняющей стороны" в статье 1 (e)	34–42
		2. Сфера применения и локализованный или нелокализованный ущерб (проект статьи 18(2))	43–50
		3. Сфера применения: определение договора перевозки и режим морского этапа (проекты статей 1(a) и 2)	51–84
		a) Общее обсуждение трех вариантов проекта статьи 2(1)	53–56
		b) Проекты статей 1(a) и 2(1)	57–75
		c) Проект статьи 2(2)	76
		d) Проект статьи 2(3)	77–82
		e) Проект статьи 2(4)	83
		f) Проект статьи 2(5)	84
		4. Исключения из режима ответственности, навигационная ошибка и бремя доказывания (проект статьи 14)	85–144
		a) Пункты 1 и 2 проекта статьи 14	85–116
		b) Перечень "исключенных рисков" в статье 14	117–129
		c) Новый пункт 3 проекта статьи 14	130–134
		d) Положение проекта статьи 14, касающееся распределения ответственности в случае одновременного наличия нескольких причин причинения ущерба	135–144
		5. Обязательства перевозчика в отношении морского рейса (проект статьи 13)	145–157
		6. Ответственность исполняющих сторон (проект статьи 15)	158–181
		a) Общая дискуссия	159–160
		b) Пункт 1	160–162
		c) Пункт 2	163–165

Пункты

d) Пункт 3 166–170
e) Пункт 4 171–172
f) Пункт 5 173–176
g) Пункт 6 177–181

IV. ДРУГИЕ ВОПРОСЫ 182–183

I. Введение

1. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли учредила Рабочую группу III (Транспортное право) и поручила ей подготовку в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными организациями законодательного документа по таким связанным с международной морской перевозкой грузов вопросам, как сфера применения документа, период ответственности перевозчика, обязательства перевозчика, ответственность перевозчика, обязательства грузоотправителя и транспортные документы[1]. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия одобрила рабочее предположение о том, что проект документа по транспортному праву будет охватывать транспортные операции "от двери до двери", при том условии, что рассмотрение вопроса о сфере применения проекта документа будет продолжено после завершения рассмотрения Рабочей группой материально–правовых положений проекта документа и достижения более полного понимания их действия в контексте операций "от двери до двери"[2].

2. На ее тридцать шестой сессии в июле 2003 года Комиссии были представлены доклады о работе десятой (Вена, 16–20 сентября 2002 года) и одиннадцатой (Нью–Йорк, 24 марта – 4 апреля 2003 года) сессий Рабочей группы (A/CN.9/525 и A/CN.9/526, соответственно).

3. Комиссия отметила масштабность проекта, осуществляемого Рабочей группой, и дала высокую оценку достигнутым результатам. Было выражено получившее широкую поддержку мнение о том, что после недавнего завершения первого чтения проекта документа по транспортному праву Рабочая группа перешла к особенно трудному этапу своей работы. Комиссия отметила, что еще предстоит обсудить большое число спорных вопросов в отношении сферы применения и отдельных положений проекта документа. Дальнейший прогресс потребует поиска труднодостижимого равновесия между различными противоположными интересами, которые затрагиваются в данном случае. Было выражено мнение, что подготовка документа, охватывающего перевозки "от двери до двери", была бы возможной с помощью достижения компромисса, основывающегося на унифицированном режиме ответственности, выборе государства суда и согласованных договорных усилиях, причем вопросы исков к исполняющим сторонам наземной перевозки затрагиваться не должны. Было также указано, что важнейшее значение для достижения целей документа имеет привлечение к участию в его выработке кругов, занимающихся наземными дорожными и железнодорожными перевозками. Было высказано мнение о том, что Рабочей группе следует продолжить изучение возможности придания структуре предлагаемого документа большей гибкости, с тем чтобы

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17, и исправление* (A/56/17 и Corr.3), пункт 345.

[2] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 224.

предоставить государствам право соглашаться, по своему выбору, на применение режима "от двери до двери" полностью или частично.

4. Комиссия отметила также, что по причине трудностей, с которыми сталкивается Рабочая группа при подготовке проекта документа, ей пришлось провести свою одиннадцатую сессию продолжительностью в две недели, в результате чего было использовано дополнительное конференционное время, высвобожденное Рабочей группой I, которая завершила свою работу по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на своей пятой сессии в сентябре 2002 года. Председатель Рабочей группы III подтвердил, что для достижения прогресса в подготовке проекта документа в приемлемые сроки Рабочей группе нужно будет и далее проводить сессии продолжительностью в две недели. После обсуждения Комиссия разрешила Рабочей группе в порядке исключения провести ее двенадцатую и тринадцатую сессии продолжительностью по две недели каждая[3]. Было достигнуто согласие о том, что ситуацию Рабочей группы в этом отношении можно будет вновь рассмотреть на тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году. Рабочей группе было предложено прилагать всяческие усилия для оперативного завершения своей работы и с этой целью использовать каждую возможность для проведения межсессионных консультаций, в том числе с помощью электронной почты. В то же время Комиссия признала, что количество подлежащих обсуждению вопросов и необходимость одновременного обсуждения многих из них являются веским доводом в пользу проведения полноценных совещаний Рабочей группы[4]/

5. Рабочая группа III по транспортному праву, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою двенадцатую сессию в Вене 6–17 октября 2003 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрия, Бразилия, Германия, Индия, Испания, Италия, Камерун, Канада, Китай, Колумбия, Литва, Марокко, Мексика, Российская Федерация, Сингапур, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Уругвай, Франция, Швеция и Япония.

6. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих государств: Алжир, Антигуа и Барбуда, Аргентина, Болгария, Боливия, Венесуэла, Греция, Дания, Йемен, Коста–Рика, Куба, Кувейт, Ливан, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Республика Корея, Сенегал, Тунис, Турция, Финляндия, Чешская Республика, Швейцария и Шри–Ланка.

7. На сессии были представлены также наблюдатели от следующих международных организаций:

a) **система Организации Объединенных Наций:** Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Европейская экономическая комиссия Организации Объединенных Наций (ЕЭК/ООН);

b) **межправительственные организации, приглашенные Комиссией:** Межправительственная организация по международным перевозкам железнодорожным транспортом (ОТИФ);

c) **международные неправительственные организации, приглашенные Комиссией:** Ассоциация американских железных дорог (ААЖД), Центр международных юридических исследований (ЦМЮИ), Международный морской комитет (ММК), Иберо–американский институт морского права, Международная палата судоходства (МПС), Международная

[3] Общее обсуждение вопроса о распределении информационного времени между различными рабочими группами см. там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17*, пункты 270–275 и 277–278.

[4] Там же, пункты 205–208.

федерация транспортно–экспедиторских ассоциаций (МФТЭА), Международная группа клубов P & I, Международная ассоциация смешанных перевозок (ИММТА), Международный союз морского страхования (МСМС) и Балтийский международный морской совет (БИМКО).

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Рафаэль Иллескас (Испания)

Докладчик: г-н Уолтер Де Са Лейтан (Бразилия)

9. В распоряжении Рабочей группы находились следующие документы:

a) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.III/WP.31);

b) проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: записка Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) предложение Нидерландов о применении в документе принципа "от двери до двери" (A/CN.9/WG.II/WP.33) и предложение Соединенных Штатов Америки в отношении десяти аспектов проекта документа (A/CN.9/WG.III/WP.34);

d) добавление к подборке ответов на вопросник о перевозке "от двери до двери" и дополнительные замечания государств и международных организаций относительно сферы применения проекта документа (A/CN.9/WG.III/WP.28/ Add.1).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц

2. Утверждение повестки дня

3. Подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов

4. Другие вопросы

5. Утверждение доклада.\

II. Обсуждения и решения

11. Рабочая группа начала рассмотрение содержащегося в приложении к записке Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32) проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов и обсудила различные предложения, включая предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.III/WP.34) в отношении десяти аспектов проекта документа. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренные проекты ряда положений на основе обсуждений и заключений Рабочей группы. Эти обсуждения и заключения отражены в разделе III ниже.

III. Подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов

A. Методология продолжения работы

12. Рабочей группе было сообщено о том, что группа Скандинавских стран провела неофициальные дискуссии по вопросу о том, какое направление действий Рабочей группы было бы оптимальным для продолжения второго чтения проекта документа. С учетом количества статей в пересмотренном

проекте документа (A/CN.9/WG.III/WP.32) и предложения Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.III/WP.34) оптимальным направлением действий могло бы стать обсуждение на основе группирования вопросов по основным проблемам. Первую основную группу вопросов было предложено сформулировать как "сфера применения", а первую подрубрику в этом разделе – "коллизии с международным и национальным законодательством", и при этом можно было бы обсудить следующие три группы вопросов: 1) договор перевозки; 2) ответственность исполняющих сторон и сетевая ответственность и 3) локализованный и нелокализованный ущерб. Было предложено сформулировать вторую подрубрику вопросов раздела "сфера применения" как "географическая сфера применения морского этапа" (статья 2 проекта документа).

13. Далее было предложено обсудить вторую крупную группу вопросов как раздел "свобода договора", включая следующие возможные темы: исключение чартеров (статья 2(3) проекта документа); режим соглашений о морских линейных перевозках (СМЛП); смешанные договоры перевозки и экспедирования (статья 9 проекта документа); функциональный подход (например, статья 11(2) – положения о франкопогрузке–разгрузке, штивке (FIOS)); односторонние или двусторонние императивные положения (статья 88 проекта документа); и период ответственности (статья 7). Было подчеркнуто, что темы, включенные в эту группу, основаны на предположении о том, что данный документ в иных отношениях будет носить императивный характер.

14. Было предложено обсудить третью основную группу вопросов в разделе "обязательства и ответственность перевозчика". Данная группа тем могла бы включать в себя вопросы освобождения от ответственности; ее пределов и подразумеваемой процедуры внесения поправок; задержки; и мореходности судна (как бессрочное обязательство). Было предложено после обсуждения трех основных групп вопросов обсудить следующие четыре темы: обязательства грузоотправителей; выбор суда и арбитраж; сдача груза; и право контроля.

15. Методология рассмотрения Рабочей группой ключевых вопросов проекта документа получила поддержку. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что обсуждение можно было начать с рассмотрения вопроса о сфере применения конвенции и вопроса об исполняющих сторонах.

B. Предварительные вопросы: название проекта документа

16. Рабочая группа рассмотрела следующее название проекта документа: "Проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов".

17. Было отмечено, что Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в какой степени данное название должно отражать подход "море плюс" (именуемый также "трансокеанский"), который сформировался на предыдущих сессиях Рабочей группы в качестве наиболее вероятной основы для достижения консенсуса при подготовке проекта документа.

18. Было высказано мнение о том, что рассмотрение названия проекта документа является преждевременным с учетом дальнейших обсуждений, которые будут проведены Рабочей группой в отношении статьи 2 "Сфера применения" и определения "договора перевозки" в статье 1(a). В то же время получило поддержку мнение о том, что Рабочая группа добилась определенного уровня консенсуса в отношении подхода к проекту документа, достаточного для того чтобы просто снять квадратные скобки вокруг формулировок в нынешнем названии, с тем чтобы проект документа именовался "Конвенцией о полностью или частично морской перевозке грузов". Были предложены дополнительные уточнения. Одно из предложений заключалось в том, чтобы добавить слово

"международной" перед словом "перевозке", с тем чтобы более точно описать содержание документа и обеспечить последовательность с действующими конвенциями о перевозке грузов. Еще одно предложение заключалось в том, что, поскольку в центре внимания проекта документа находится договор перевозки, в названии следует сделать ссылку на договоры, сформулировав его следующим образом "Конвенция о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов". В ответ на это предложение было отмечено, что включение слова "договоры" может вводить в заблуждение, поскольку в прошлом этот термин использовался для описания конвенций, которые, в отличие от проекта документа, в большей степени нацелены на материально–правовые требования применительно к собственно договору, в частности его заключению. Другое предложение было связано с тем, что, поскольку в конвенциях ЮНСИТРАЛ часто используется термин "в международной торговле", эту формулировку следует включить в конце названия. Было внесено еще одно предложение исключить заключенные в настоящее время в квадратные скобки слова "полностью или частично" во избежание неясности в отношении документов о смешанных перевозках. Поддержку получило и противоположное мнение о необходимости включения формулировки, охватывающей как аспект морской перевозки, так и другие возможные виды перевозки, с тем чтобы обеспечить точное описание предмета конвенции.

19. Рабочей группе было сообщено о поддержке ряда различных вариантов вышеупомянутых предложений. Консенсус в отношении конкретного названия не был достигнут, однако поддержку получило мнение о том, что в названии проекта документа должны быть отражены его направленность на морские перевозки, а также возможный охват других видов перевозок. Рабочая группа приняла решение оставить нынешнее название без изменений для целей дальнейших обсуждений.

C. Рассмотрение ключевых вопросов проекта документа

1. Сфера применения и исполняющие стороны

a) Общая дискуссия

20. Рабочая группа заслушала заявления делегации Италии (которое было также сделано и от имени Нидерландов) о том, что в целях содействия применению прагматического подхода к проекту документа и облегчения работы Рабочей группы эта делегация готова снять ранее внесенное ею предложение (содержащееся в документе A/CN.9/WG.III/WP.25) в пользу принятия ограниченной сетевой системы, как она устанавливается в статье 8 проекта документа. Италия и Нидерланды по-прежнему убеждены в том, что унифицированный режим ответственности, применимый ко всей перевозке грузов "от двери до двери", явился бы наиболее четким и простым решением, однако осознают, что, исходя из обсуждений в ходе одиннадцатой сессии Рабочей группы, такое решение может не получить достаточной поддержки.

21. Рабочей группе было сообщено, что Италия и Нидерланды поддержат предложение Соединенных Штатов в отношении сферы применения и исполняющих сторон (изложенное в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34) при условии внесения некоторых незначительных изменений. Первое из предложенных изменений заключается в том, чтобы положения проекта документа применялись с момента принятия груза перевозчиком до момента его сдачи грузополучателю с учетом ограниченного сетевого исключения, содержащегося в статье 8 проекта документа, и чтобы снять ссылку на национальное законодательство, которая в этом проекте положения заключена в квадратные скобки. Было высказано мнение о том, что это исключение необходимо во избежание той опасности, что национальное законодательство

будет иметь преимущественную силу по отношению к международному праву. Второе предложенное изменение заключалось в том, чтобы положения проекта документа применялись не только к перевозчику, но и к исполняющим сторонам, осуществляющим свои функции в портовых районах и именуемым "морскими исполняющими сторонами", причем этому термину потребуется дать определение. Третье предложение заключалось в том, чтобы положения проекта документа не применялись к тем исполняющим сторонам, которые не являются морскими исполняющими сторонами. Четвертое предложение заключалось в том, что необходимо изучить все положения проекта документа, в которых упоминаются исполняющие стороны, с тем чтобы в положениях, касающихся ответственности перевозчика за действия или небрежность исполняющих сторон (например, проекты статей 14(2) и 15(3)), сохранялась ссылка на исполняющие стороны в целом, будь то морские или иные, а в положениях, касающихся обязательств и ответственности исполняющих сторон, ссылка делалась лишь на морские исполняющие стороны. Было также предложено пересмотреть проекты статей 15(1) и 15(4) в целях создания непосредственных оснований для возбуждения иска в отношении только морских исполняющих сторон. Аналогично, было предложено распространять "Гималайскую" защиту в статье 15(5) только на морские исполняющие стороны.

22. В рамках общего представления рабочего документа A/CN.9/WG.III/WP.34 Рабочей группе было сообщено, что цель данного предложения заключается в том, чтобы приступить к формированию базовой структуры проекта документа по завершении Рабочей группой первоначального рассмотрения возможных положений. Было отмечено, что этот рабочий документ призван предусмотреть вероятность того, что установление унифицированного режима ответственности окажется невозможным, и изложить общий пакет компромиссов, достигнутых между конкурирующими интересами в данной отрасли. Было выражено мнение, что этот пакет представляет собой наиболее высокий уровень унификации, который может быть достигнут, и существенно улучшает существующую систему.

23. В отношении конкретно раздела I документа A/CN.9/WG.III/WP.34 ("сфера применения и исполняющие стороны") Рабочая группа была проинформирована о том, что в соответствии с общим предложением (которое его сторонники именуют "компромиссной позицией") поддержку получил отраженный в проекте документа принцип охвата "от двери до двери" на ограниченной сетевой основе, как это изложено в настоящем варианте проекта документа. В то же время было рекомендовано изменить режим исполняющих сторон таким образом, чтобы проект документа охватывал лишь те морские исполняющие стороны, которые обычно охватываются в документе перевозки "от порта до порта", например, стивидоров и операторов терминалов, а также морских перевозчиков. Из режима ответственности проекта документа будут прямо исключены неморские исполняющие стороны, в частности автотранспортные и железнодорожные перевозчики или склады, находящиеся вне портовых районов. В то же время неморские исполняющие стороны будут, тем не менее, рассматриваться в соответствии с проектом документа в качестве исполняющих сторон, поскольку ответственность за их действия или небрежность будет нести перевозчик, заключивший договор. Далее было разъяснено мнение о том, что в рамках данного предлагаемого режима ссылка на "национальное законодательство" в статье 8 проекта документа не является целесообразной или необходимой для защиты существующего режима ответственности применительно к сухопутным перевозчикам и что ответственность сухопутных исполняющих сторон будет основываться на существующем законодательном регулировании, будь то на какой-либо региональной конвенции по тому или иному отдельному виду транспорта или императивных или неимперативных внутренних положениях, которые могут охватывать вопросы деликтов. Автоматическая защита согласно

"Гималайской оговорке" будет распространяться лишь на те исполняющие стороны, которые берут на себя ответственность в соответствии с проектом документа (т.е. только на морские исполняющие стороны), а возможность применения "Гималайской оговорки" сухопутными исполняющими сторонами будет обусловлена их существующими правами на это согласно применимому национальному законодательству. В ответ на поставленный вопрос было признано, что это предложение не решает ни одной из имеющихся проблем сухопутных исполняющих сторон, обусловленных действующим применимым национальным законодательством, но что при этом сухопутные исполняющие стороны останутся точно в таком же положении в отношении ответственности, в котором они находятся в настоящее время.

24. Общие принципы и "компромиссная позиция", изложенные в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34, получили широкую поддержку. Хотя был предложен ряд потенциальных корректировок, например в отношении режима морских исполняющих сторон в государстве, не являющемся договаривающимся государством, было выражено уверенное мнение о том, что данный подход является оптимальным при сложившихся обстоятельствах. Были также выражены мнения меньшинства о том, что проект документа должен охватывать сухопутных перевозчиков и что следует все же рассмотреть возможность установления унифицированной системы ответственности.

25. Установление различных режимов в отношении морских и неморских исполняющих сторон получило общую поддержку, однако было предложено сохранить в статье 8(b) ссылку на национальное законодательство, а также было высказано мнение о том, что данную ссылку можно было бы ограничить путем ссылки на императивные нормы национального права, основанные на существующих конвенциях или аналогичные им. Было отмечено, что содержащееся в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34 предложение не решает всех проблем, которые можно было бы решить с помощью специальной ссылки на национальное законодательство, поскольку, например, без ссылки на национальное законодательство в статье 8(b) владелец груза будет не в состоянии предъявить иск перевозчику по договору на основе национального законодательства, регулирующего перевозку грузов автотранспортом. Было также отмечено, что если сухопутные перевозчики будут выведены за рамки сферы действия проекта документа, то нельзя будет обеспечить возможность предъявления сухопутным перевозчикам исков в соответствии с применимым национальным законодательством, и что это нанесет ущерб интересам грузоотправителей. Было высказано мнение о том, что грузоотправители потенциально могут пользоваться более широкими возможностями по востребованию возмещения убытков в соответствии с национальным законодательством, учитывая в целом более низкие пределы ответственности согласно конвенциям о морских перевозках, однако было отмечено, что такое положение имеет место не во всех случаях, особенно в том, что касается содержащихся в конвенциях о морских перевозках правилах установления пределов в отношении "упаковки", что имеет еще более важное значение, если учитывать объем контейнерных перевозок и количество грузов высокой стоимости при малой массе. В качестве дополнительного ограничения ссылки на национальное законодательство было высказано мнение о том, что преимущественную силу по отношению к проекту документа должны иметь лишь такие императивные национальные режимы, которые обеспечивают лучшую защиту владельцев грузов. Определенную поддержку получила позиция, согласно которой ссылку на национальное законодательство в статье 8(b) следует сохранить, однако была высказана озабоченность в отношении этого предложения с учетом намерения Рабочей группы установить согласно проекту конвенции как можно более единообразный режим. Далее в связи с предлагаемым ограничением ссылки на национальное законодательство

были высказаны опасения в отношении того, какие критерии будут использоваться при решении вопроса о том, соответствуют ли национальные законы предлагаемым в статье 8(b) квалификационным требованиям, а также в связи с тем, не приведет ли это к повышению уровня неопределенности в сфере применения.

26. Было высказано мнение, что режим исполняющих сторон в соответствии с проектом документа и возможная ссылка на национальное законодательство в статье 8(b) представляют собой два отдельных вопроса, которые не обязательно связаны друг с другом. Было отмечено, что ответственность перевозчика по договору является ключевым элементом статьи 8, что, в свою очередь, подразделяется на два дополнительных аспекта, а именно предъявление регрессных исков согласно статье 8 и коллизия с другими международными конвенциями. В ответ было высказано мнение о наличии существенной или прагматической связи между статьей 8 и режимом исполняющих сторон. Было уточнено, что содержащееся в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34 предложение однозначно зависит от принятия как исключения неморских исполняющих сторон из режима ответственности в соответствии с проектом документа, так и исключения ссылки на национальное законодательство в статье 8(b), поскольку исключение сухопутных перевозчиков имеет свой целью снять необходимость в ссылке на национальное законодательство.

27. Рабочая группа практически единогласно поддержала исключение неморских исполняющих сторон из режима ответственности проекта документа, как это предлагается в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34. Кроме того, решительная поддержка была выражена второму аспекту этого предложения в отношении исключения ссылки на национальное законодательство в статье 8(b). Одна делегация выразила мнение, что причин для исключения наземных перевозчиков из сферы действия проекта документа не имеется. Хотя было принято предварительное решение сохранить ссылку на национальное законодательство в статье 8(b) в квадратных скобках до принятия окончательного решения на одной из будущих сессий, было выражено получившее решительную поддержку мнение о том, что исключение ссылки на национальное законодательство является необходимым компонентом общего предложения. Рабочая группа отметила тот факт, что содержащееся в разделе I документа A/CN.9/WG.III/WP.34 предложение следует рассматривать как единый пакет, в том числе применительно как к исключению неморских исполняющих сторон из режима ответственности, так и к исключению ссылки на национальное законодательство в статье 8(b).

b) Определения терминов "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона"

28. Рабочая группа продолжила рассмотрение определения морских и неморских исполняющих сторон. Рабочая группа заслушала предложения о возможных определениях терминов "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона", а также об улучшениях существующего определения "исполняющей стороны", содержащегося в статье 1(e) проекта документа.

29. Были предложены следующие определения:

> "e) "исполняющая сторона" означает любое лицо помимо перевозчика, которое физически исполняет [или обязуется исполнить] любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении перевозки, обработки, хранения или складирования груза, в той мере, в которой такое лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика, независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно

в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность. Термин "исполняющая сторона" включает морские исполняющие стороны и неморские исполняющие стороны, как они определены в подпунктах (f) и (g) настоящего пункта, но не включает любое лицо, которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем или является служащим, агентом, подрядчиком или субподрядчиком какого-либо лица (помимо перевозчика), которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем;

f) "морская исполняющая сторона" означает любую исполняющую сторону, которая исполняет любые обязанности перевозчика в период между прибытием груза в порт погрузки [или, в случае перевалки, в первый порт погрузки] и его убытием из порта выгрузки [или окончательного порта выгрузки, в соответствующем случае]. Исполняющие стороны, которые исполняют любые обязанности перевозчика на суше в период между убытием груза из порта и его прибытием в другой порт погрузки, не считаются морскими исполняющими сторонами;

g) "неморская исполняющая сторона" означает любую исполняющую сторону, которая исполняет любые обязанности перевозчика до прибытия груза в порт погрузки или после убытия груза из порта выгрузки".

30. В порядке изложения позиций Рабочей группе было сообщено о том, что рассматривались два подхода к выработке определений, а именно функциональный подход и географический подход. Выбор был сделан в пользу географического подхода как более простого из двух. Было предложено, чтобы географическим районом для использования в этом определении был "порт", хотя и было признано, что определение термина "порт" может создать существенные проблемы и что это понятие будет, вероятно, определяться со ссылкой на национальное законодательство. Сторонники указанных определений высказали дополнительное соображение о том, что заключительное предложение предлагаемого определения "морской исполняющей стороны" призвано регулировать ситуацию, когда за морским этапом перевозки следует сухопутный этап, за которым в свою очередь следует еще один морской этап, при том, однако, что данная формулировка потребует уточнения.

31. В целом Рабочая группа достигла согласия в отношении того, что эти определения служат хорошей основой для продолжения обсуждения возможных путей определения морских и неморских исполняющих сторон. Было выражено общее согласие с тем, что географический подход к определению является целесообразным, и было поддержано предложение о том, что в определение морской исполняющей стороны должны быть включены наземные перемещения груза в рамках порта, как это имеет место, например, в случае перевозки груза автотранспортом от одного причала до другого. В то же время было высказано разделяемое многими мнение о том, что перемещение груза между двумя физически отличными друг от друга портами следует рассматривать как часть функций неморской исполняющей стороны. Прозвучало мнение о том, что железнодорожный перевозчик, даже если он предоставляет свои услуги на территории порта, не должен считаться неморской исполняющей стороной. Было высказано соображение о том, что опыт, сложившийся в национальном праве ряда стран, свидетельствует о том, что применение географического подхода (являющегося в целом целесообразным) может послужить вероятной причиной для возбуждения многих судебных процессов. Было предложено уточнить в проекте определения ситуацию, когда неморские исполняющие стороны осуществляют некоторые из своих операций в портовом районе, например, в процессе погрузки на автотранспортное средство для перевозки груза за пределы порта. Было высказано мнение о том, что подобное уточнение можно обеспечить

путем указания, что исполняющими являются те стороны, которые выполняют обязательства перевозчика в связи с морской перевозкой. В ответ было отмечено, что "исполняющие стороны" согласно определению, содержащемуся в проекте статьи 1(e), уже определены как стороны, которые выполняют основные функции, связанные с перевозчиком. Было высказано мнение о том, что не вполне ясно, охватывает ли определение морской исполняющей стороны также и эти основные функции.

32. Второй спорной областью стал вопрос о том, следует ли включать в проект определения слова "или обязуется исполнить". Получило поддержку включение этой формулировки и снятие квадратных скобок, в которые она заключена, поскольку было выражено мнение о том, что ее включение обеспечит надлежащий учет интересов лиц, заявляющих требования, путем признания прямого основания для иска в отношении любой из сторон в, возможно, весьма длинной цепи субподрядчиков. Было высказано и противоположное мнение, согласно которому включение слов "или обязуется исполнить" может создать проблемы на практике, поскольку исполняющая сторона, которая лишь обязалась исполнить, будет нести ответственность перед перевозчиком, но для грузоотправителя будет трудно установить факты и определить лицо, которому следует предъявлять иск. Рабочая группа решила, что вопрос о включении или исключении формулировки "или обязуется исполнить" может быть решен позднее в связи с анализом существующего определения "исполняющей стороны" в статье 1(e) проекта документа (см. пункты 34–42 ниже) и с учетом общей сбалансированности положений об ответственности за груз в проекте документа.

33. Еще одно опасение было высказано в связи с тем, должна ли рассматриваться в определении ситуация с исполняющими сторонами в государствах, не являющихся договаривающимися. Было высказано мнение о том, что данный вопрос, несмотря на его уместность с учетом опасений в отношении выбора суда и проблемы приведения в исполнение решений иностранных судов, может быть рассмотрен позднее в свете конвенции в целом. В качестве редакционной поправки было предложено изменить в предлагаемом пункте (f) слова "первый порт погрузки" на "следующий порт погрузки".

c) Определение "исполняющей стороны" в статье 1 (e)

34. Помимо определения, предложенного в пункте 29 выше, Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 1(e):

> "e) "исполняющая сторона" означает любое лицо помимо перевозчика, которое физически исполняет [или обязуется исполнить] любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении перевозки, обработки, хранения или складирования груза, если такое лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика, независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность. Термин "исполняющая сторона" не включает любое лицо, которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем или является служащим, агентом, подрядчиком или субподрядчиком какого-либо лица (помимо перевозчика), которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем".

35. В рамках представления этого вопроса Рабочая группа заслушала информацию о том, что статья 1(e) не претерпела существенных изменений в процессе редакционной работы над проектом документа и что исторический аспект обсуждения приведен в сносках к статье 1(e). Было также отмечено, что в

сносках содержатся альтернативные формулировки представленного текста статьи 1(e) (см. A/CN.9/WG.III/WP.32, сноски 8–10).

36. В целях расширения определения термина "исполняющая сторона" было предложено снять квадратные скобки, в которые заключены слова "или обязуется исполнять". Рабочей группе было вновь сообщено о том, что цель определения заключается в установлении ответственности перевозчика по договору за ошибки, небрежность и бездействие исполняющих сторон в целом. Было отмечено, что сужение определения в результате исключения формулировки, заключенной в квадратные скобки, позволит исполняющим сторонам, которые обязуются исполнить и которые затем либо не исполняют, либо делегируют исполнение другой стороне, избежать ответственности. Кроме того, было высказано мнение о нецелесообразности установления в отношении лиц, которые обязуются исполнить какие-либо обязанности, но не исполняют их, более низкие стандарты, чем в отношении лиц, которые обязуются исполнить, предпринимают соответствующие усилия, но не обеспечивают исполнение. В ответ на обеспокоенность по поводу того, что так называемые "перевозчики на бумаге" или лица, которые фактически не исполняют перевозку, не должны привлекаться к ответственности на основе их обязательства исполнить соответствующие функции, было высказано мнение о том, что существующая формулировка определения лишь позволит предъявлять иски непосредственно виновной исполняющей стороне и что она поможет избежать предъявления цепочки многочисленных исков с тем, чтобы в конечном итоге требование было заявлено против этой же стороны. Было также выражено мнение о том, что невключение данной формулировки в определение может создать условия, при которых будут нарушены звенья в цепи контрактов. Исходя из этих соображений, было решительно поддержано включение слов "или обязуется исполнить". Было предложено дополнительно уточнить данное предложение, с тем чтобы оно не охватывало ответчиков, имеющих отдаленную причинную связь, путем включения в эту формулировку слова "физически", с тем чтобы исполняющая сторона "обязалась физически исполнить". Хотя было высказано мнение о том, что косвенно ясно подразумевается, что лица, обязующиеся исполнить обязанности в отношении договора перевозки, обязуются исполнить их физически, предложение о внесении подобного рода уточнения в первоначальное предложение получило решительную поддержку.

37. Некоторые делегации выразили сомнения в том, что в проекте документа вообще следует охватывать исполняющие стороны. Кроме того, были вновь высказаны опасения в связи с тем, что слова "или обязуется исполнить" затруднят установление грузоотправителем всех тех сторон, которых перевозчик по договору нанял для выполнения того или иного аспекта перевозки, и что договор будет заключаться между исполняющей стороной и перевозчиком по договору. Было высказано мнение о том, что включение этой формулировки может привести к предъявлению большого числа исков к исполняющим сторонам, которые не во всех случаях должны быть ответчиками, в результате чего не будет достигнуто каких-либо улучшений по сравнению с ситуацией, когда грузоотправитель просто предъявляет иск исполняющему перевозчику и перевозчику по договору. Кроме того, было отмечено, что включение этих слов в определение нарушит концепцию частного характера договорной связи между грузоотправителем и перевозчиком по договору.

38. Были также высказаны опасения в связи с ограничением определения лишь теми лицами, помимо перевозчика, которые исполняют "любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении перевозки, обработки, хранения или складирования груза", поскольку, как было отмечено, такое определение должно включать в себя не только перечисленные, но и все другие функции перевозки. Было также высказано мнение о наличии потенциальной аномалии в определении, поскольку в некоторых случаях

перевозчик может исполнять функции погрузки или разгрузки груза от имени грузоотправителя, а в определении речь идет о лицах, исполняющих какие-либо обязанности "по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика".

39. Далее была высказана озабоченность в связи с тем, что включение слов "обязуется исполнить" слишком расширяет определение. В ответ на этот и другой вопрос о том, означает ли взаимосвязь между этим определением и периодом ответственности в статье 7, что исполняющая сторона, которая не приняла груз, будет нести ответственность в том случае, если перевозчик по договору ответственности не несет, Рабочей группе было сообщено, что период ответственности исполняющей стороны и перевозчика предположительно должен быть одинаковым и что ответственность исполняющей стороны при выполнении своих функций исполняющей стороны никогда не будет более широкой, чем ответственность перевозчика по договору в качестве такового. Кроме того, было отмечено, что понятие физического исполнения уточнит предполагаемую более узкую сферу этого определения. Еще одна потенциальная проблема в связи с этим определением была затронута в ситуации, когда некоторые порты требуют, чтобы портовые операции осуществлялись административными властями.

40. К Рабочей группе был обращен настоятельный призыв учитывать следующие два отдельных аспекта вопроса об исполняющих сторонах: аспект ответственности за исполняющую сторону и аспект ответственности самой исполняющей стороны. Было высказано мнение, что эти вопросы целесообразнее рассмотреть в одном из материально–правовых положений, в частности в проекте статьи 15 об ответственности исполняющих сторон, а не в определении. Некоторые делегации высказали мнение, что данное определение "исполняющей стороны", в целом адекватное на настоящий момент, придется, возможно, вновь рассмотреть в контексте обсуждения проекта статьи 15.

41. Были уточнены два вопроса в отношении этого определения. Во-первых, было подчеркнуто, что определение не должно включать служащих или агентов в качестве исполняющих сторон. Кроме того было отмечено, что если Рабочая группа примет решение исключить неморские исполняющие стороны из сферы применения проекта документа, то в настоящее общее определение в статье 1(e) потребуется включить формулировку, аналогичную определению, предложенному в пункте 29 выше, с указанием как морских исполняющих сторон, так и неморских исполняющих сторон.

42. Рабочая группа приняла в предварительном порядке решение о том, что слова "обязуется физически исполнить" должны быть включены в определение без квадратных скобок, с тем чтобы расширить данное определение и уточнить его пределы с точки зрения физического исполнения обязанностей согласно договору перевозки. Рабочая группа просила Секретариат рассмотреть возможность включения расширительной формулировки, например "в частности", "в том числе" или ссылки на "аналогичные функции", в перечень функций перевозчика, а также рассмотреть возможность ограничения этого определения, возможно, путем исключения слов "независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность", как это отмечено в сноске 8 в пересмотренном проекте документа (A/CN.9/WG.III/WP.32).

2. Сфера применения и локализованный или нелокализованный ущерб (проект статьи 18(2))

43. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 18(2):

"[2. Независимо от положений пункта 1, если перевозчик не может установить, произошли ли утрата или повреждение груза в ходе морской перевозки или в ходе перевозки, предшествовавшей морской перевозке или следовавшей за ней, применяется наиболее высокий предел ответственности, устанавливаемый в международных и национальных императивных положениях, регулирующих различные части перевозки.]"

44. В рамках представления этого вопроса Рабочая группа была вновь проинформирована о том, что статья 18(2) является новым положением в проекте документа и что были предложены дополнительные альтернативные тексты (см. A/CN.9/WG.III/WP.32, сноска 93).

45. Было отмечено, что в связи со статьей 18(2) ключевой вопрос заключается в том, целесообразно ли использовать в случае нелокализованного ущерба такие же пределы ответственности, как и в случае локализованного ущерба, и следует ли учесть другие возможные применимые пределы, с тем чтобы был выбран наиболее высокий из них. Было также отмечено, что одним из ключевых вопросов является целесообразность установления конкретного предела ответственности за нелокализованный ущерб. Было высказано мнение о том, что эти вопросы трудно будет решить до тех пор, пока не будут определены пределы ответственности в статье 18(1), и что если Рабочая группа примет решение в пользу предела ответственности "за один килограмм веса" для статьи 18(1) на том же уровне, что в Гаагско–Висбийских правилах, то целесообразно было бы проанализировать положения конвенций о смешанных перевозках с целью выбора более высокого предела ответственности за нелокализованный ущерб. Кроме того, было предложено принимать также во внимание национальные императивные положения, особенно в том случае, если сфера применения проекта документа будет весьма широкой и будет потенциально охватывать протяженные этапы наземной перевозки. В то же время были высказаны опасения по поводу того, что в некоторых императивных национальных положениях вообще могут не устанавливаться пределы ответственности и что соответственно в этом отношении, возможно, было бы нецелесообразно ссылаться на нормы национального права. Было также отмечено, что в других документах устанавливаются разные пределы ответственности за локализованный и нелокализованный ущерб и что, например, аналогичное положение о локализованном ущербе содержится в Конвенции Организации Объединенных Наций о международных смешанных перевозках грузов 1980 года, а также в Правилах ЮНКТАД/МТП. Поэтому было предложено сохранить статью 18(2) в проекте документа.

46. Был представлен ряд альтернативных предложений, касающихся сохранения статьи 18(2) в проекте документа. Было предложено сохранить статью 18(2) в проекте документа, заключив ее в квадратные скобки, а в редакционном плане было предложено изменить формулировку "международных и национальных императивных положениях" словами "международных или национальных императивных положениях". Еще одно предложенное уточнение заключалось в том, чтобы сохранить статью 18(2) в квадратных скобках до того, пока в статью 18(1) не будут включены пределы ответственности, заключив в квадратные скобки слова "и национальных императивных положениях", с тем чтобы воспроизвести существующий текст статьи 8. В рамках еще одного альтернативного варианта было предложено установить в статье 18(1) конкретный предел ответственности за локализованный ущерб, а в статье 18(2) – второй конкретный предел ответственности за нелокализованный ущерб без ссылки на другие пределы ответственности в международных и национальных императивных положениях. Каждое из этих альтернативных предложений получило определенную поддержку.

47. Предложение исключить статью 18(2) получило широкую поддержку. Рабочей группе было вновь указано, что, чем больше устанавливается исключений из широкой сферы применения проекта документа, тем более возрастает вероятность подрыва целей предсказуемости и единообразия. Для достижения максимально возможной степени унификации было предложено максимально сузить ограниченное сетевое исключение в статье 8, при этом применение статьи 8 позволит должным образом устранить озабоченность, высказанную в отношении нелокализованного ущерба. Далее было отмечено, что в статье 18(2) повторяется принцип, изложенный в статье 8 в отношении локализованного ущерба, но с иным распределением бремени доказывания. В то же время было высказано мнение о том, что статья 8 и статья 18(2) являются совместимыми. Кроме того, было вновь подчеркнуто, что пределы ответственности в Гаагско–Висбийских правилах нередко на практике являются намного более высокими, чем это может показаться на первый взгляд, и что, учитывая объем контейнерных перевозок и установленный в них предел ответственности "за упаковку", эти пределы нередко являются более высокими, чем в рамках режимов смешанных перевозок, при которых пределы ответственности за возмещение ущерба основываются только на весе груза. Рабочей группе было также напомнено о том, что она приняла решение о правомерности акцента в проекте документа на морском этапе перевозки, и было высказано мнение, что такой акцент соответствует подходу, согласно которому подход к пределам ответственности за нелокализованный ущерб должен устанавливаться на основе режима морского этапа перевозки.

48. В отношении бремени доказывания в случае нелокализованного ущерба было отмечено, что при установлении низкого уровня ответственности перевозчик, возможно, даже не будет пытаться доказать, на каком этапе был нанесен ущерб, с тем чтобы ограничить возмещение ущерба истцу более низким пределом ответственности. В ответ было указано, что перевозчики были бы весьма заинтересованы в установлении этапа, на котором был нанесен ущерб, с тем чтобы они могли предъявлять регрессные иски субподрядчику, ответственному за ущерб.

49. В поддержку исключения статьи 18(2) в Рабочей группе были высказаны предостережения относительно проведения искусственных различий между локализованным и нелокализованным ущербом, поскольку соответствующий груз отправлялся как морской груз, независимо от того, о каком этапе перевозки идет речь, и поэтому риски будут одинаковыми, стоимость груза будет одинаковой, соответствующие стороны будут одними и теми же и, в сущности, вопросы о том, какая сторона застраховала груз и в каком размере, будут также аналогичными. Было отмечено, что цель пределов ответственности тесно связана с самой системой ответственности и что такие пределы являются частью общего баланса режима ответственности. Было высказано мнение о нецелесообразности нарушения такого режима лишь потому, что ущерб может быть нанесен за пределами морского этапа. В то же время было подчеркнуто важное значение проекта статьи 18(2), исходя из мнения о том, что причиненный грузу ущерб обычно является нелокализованным и что исключение на основании внешнего состояния, изложенное в статье 18(2), может стать правилом, особенно с учетом того, что ущерб нередко устанавливается лишь после вскрытия контейнера грузополучателем, независимо от того, что в некоторых портах существуют возможности фотографирования контейнеров для установления внешнего ущерба.

50. Рабочая группа отметила, что мнения практически в равной степени разделились между теми, кто выступает за исключение проекта статьи 18(2) в целом, и теми, кто выступает за его сохранение. Выступающие за исключение твердо придерживаются своей позиции. Те же, кто отдает предпочтение сохранению этого положения на данном этапе, высказывают определенные

пожелания. Приняв к сведению позиции, высказанные в ходе обсуждения вопросов, связанных с проектом статьи 18(2), Рабочая группа согласилась с целесообразностью сохранения проекта статьи в квадратных скобках до принятия Рабочей группой решения о пределе ответственности, установленном в проекте статьи 18(1).

3. Сфера применения: определение договора перевозки и режим морского этапа (проекты статей 1(a) и 2)

51. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 1(a) (см. A/CN.9/WG.III/WP.32):

"a) "договор перевозки" означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз **полностью или частично** морем из одного места в другое".

52. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2 (см. A/CN.9/WG.III/WP.32):

"1. *Вариант A пункта 1*

С учетом положений пункта 3 положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров перевозки, в соответствии с которыми место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах, если

a) место получения, указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств или

b) место сдачи, указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие.

Вариант B пункта 1

С учетом положений пункта 3 положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров морской перевозки грузов, в соответствии с которыми место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах, если

a) место получения [или порт погрузки], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

b) место сдачи [или порт разгрузки], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие.

1 бис. Настоящий документ применяется также в отношении перевозки по внутренним водным путям до и после морского рейса, а также в отношении дорожной или железнодорожной перевозки от места получения до порта погрузки и от порта разгрузки до места сдачи, если груз в ходе морского рейса был разгружен со средств транспорта, при помощи которых был исполнен внутренний сегмент перевозки.

Вариант C пункта 1

С учетом положений пункта 3 положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров перевозки, в соответствии с которыми порт погрузки и порт разгрузки расположены в различных государствах, если

a) порт погрузки, указанный либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположен в одном из Договаривающихся государств, или

b) порт разгрузки, указанный либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположен в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие.

2. Положение настоящего документа применяются без учета национальности судна, перевозчика, исполняющих сторон, грузоотправителя по договору, грузополучателя или любых других заинтересованных сторон.

3. Положения настоящего документа не применяются в отношении чартеров [договоров фрахтования, договоров на массовые грузы или аналогичных соглашений].

4. Несмотря на положения пункта 3, если оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись составляются в соответствии с чартером [договором фрахтования, договором на массовые грузы или аналогичным соглашением], положения настоящего документа применяются в отношении договора, подтверждаемого таким документом или такой электронной записью или содержащегося в них, с того момента и

в той степени, в какой данный документ или электронная запись регулируют отношения между перевозчиком и держателем, не являющимся фрахтователем.

5. Если договор предусматривает будущую перевозку груза в нескольких партиях, настоящий документ применяется в отношении каждой партии, если это предусмотрено пунктами 1, 2, 3 и 4".

a) Общее обсуждение трех вариантов проекта статьи 2(1)

53. Было напомнено, что вариант A основывается на первоначальном тексте проекта документа, который для определения сферы применения не полагался на разграничение различных видов транспорта, которые могут использоваться для перевозки грузов. Цель варианта B состоит в том, чтобы подчеркнуть, что сфера применения проекта документа должна определяться со ссылкой на морскую перевозку – с возможным распространением на наземные перевозки – при условии, что груз в ходе морского рейса был разгружен со средств транспорта, при помощи которых был исполнен наземный сегмент перевозки. В силу варианта B из сферы применения проекта конвенции будут исключаться, например, случаи, когда груз перевозится автомобильным транспортом и прицеп, в котором он находится, перегружается на судно в ходе морского сегмента общей перевозки. Вариант C преследует цель подчеркнуть морской характер проекта документа, и в нем устанавливается, что документ должен применяться только к тем перевозкам, при которых морской этап связан с пересечением границ (см. A/CN.9/WG.III/WP.32, сноски 27, 31 и 35).

54. Ограниченная поддержка была выражена варианту B. Было указано, что разграничение, основывающееся на том, был ли груз перегружен с первоначального транспортного средства, представляется несколько устаревшим. Например, в контексте контейнерных перевозок грузы будут часто сгружаться или загружаться без какой-либо необходимости в изменении правового режима, применимого к грузу, в результате таких операций. Было отмечено, что цель варианта B в основном состоит в привлечении внимания к вопросу о возможных коллизиях между международными конвенциями, регулирующими различные виды транспорта. Рабочая группа приняла решение о том, что такие возможные коллизии должны регулироваться не в контексте положения, устанавливающего сферу применения проекта документа, а в положениях главы 18, в частности в проектах статей 83 и 84, непосредственной целью которых является урегулирование взаимосвязи между проектом документа и другими конвенциями. В контексте состоявшегося обсуждения были выражены сомнения в том, что проекты статей 83 и 84 должным образом охватывают вопрос о потенциальных коллизиях между конвенциями. Было также указано, что взаимосвязь между проектом документа и другими транспортными конвенциями будет в значительной степени зависеть от пределов ответственности, которые будут установлены в проекте статьи 18. Продолжение обсуждения этого вопроса было отложено до достижения Рабочей группой общего понимания относительно сферы действия проекта документа.

55. Существенная поддержка была выражена варианту A. В числе доводов в пользу решения не уделять центрального внимания какому-либо конкретному виду транспорта при определении сферы применения проекта документа было указано, что сфера действия проекта документа должна быть по возможности наиболее широкой и не должна определяться при использовании таких технических понятий, как "порт", согласование определений которых может вызвать трудности. В этом контексте было достигнуто общее согласие с тем, что проект документа должен охватывать перевозки грузов не только из традиционных "портов", располагающихся на побережье государств, но также из офшорных терминалов в открытом море и даже с нефтяных буровых установок,

расположенных в исключительной экономической зоне государства за пределами его территориальных вод.

56. В то же время возобладало мнение о том, что центральное внимание, уделяемое в проекте документа морским перевозкам, должно быть отражено в положении, устанавливающем его сферу применения. Было указано, что приемлемость проекта документа может возрасти, если сфера его действия будет четко разграничиваться со сферой применения какой-либо чисто смешанной транспортной конвенции. В первоначальном проекте документа предпринималась попытка установить такое разграничение за счет простого указания на то, что целью проекта документа является охват перевозок "от двери до двери", включающих морской этап. Большинство делегаций пришли, однако, к согласию о необходимости введения дополнительного ограничения сферы действия, установив, что проект документа будет применяться к перевозке грузов "от двери до двери", будь то одним видом транспорта или смешанным, при условии, что такая перевозка включает морской этап и что такой морской этап связан с трансграничной перевозкой.

b) Проекты статей 1(a) и 2(1)

57. Приняв в качестве общего принципа решение о том, что проект документа должен охватывать перевозку грузов "от двери до двери", будь то одним видом транспорта или смешанную, при условии, что такая перевозка включает морской этап и что такой морской этап связан с трансграничной перевозкой, Рабочая группа перешла к рассмотрению вопроса о закреплении этого принципа, которое может быть осуществлено либо в положении о "сфере применения", либо в определении термина "договор перевозки" (или, возможно, в обоих положениях).

58. В отношении подпунктов (a)–(e) пункта 1 проекта статьи 2 общая поддержка была выражена исключению подпункта (d). Как отмечалось в ходе девятой сессии Рабочей группы, широкой поддержкой пользуется мнение о том, что в современной практике перевозок место заключения договора в большинстве случаев не имеет связи с исполнением договора перевозки и что в случае электронной торговли такое место может быть трудно или даже невозможно установить (см. A/CN.9/510, пункт 34).

59. Относительно текста подпункта (c), который в настоящее время заключен в квадратные скобки, никакого окончательного решения принято не было. Было решено сохранить этот текст в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

60. Было предложено улучшить редакцию подпункта (e), расширив преимущества использования оговорки о "верховенстве" путем замены слов "в договоре перевозки" в начале этого проекта положения словами "в договоре перевозки или любом связанном с ним договоре", или словами "в договоре перевозки или любом другом договоре, связанном с исполнением договора перевозки". Рабочая группа приняла к сведению это предложение.

61. Рабочая группа просила малую редакционную группу в составе представителей нескольких делегаций подготовить формулировку, которая основывалась бы на объединении вариантов A и C и которая была бы направлена на реализацию принципа, установленного в отношении сферы применения проекта документа. Первое предложение, внесенное малой редакционной группой, гласило следующее:

"Статья 1(a)

"Договор перевозки" означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из какого-

либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве, и может включать перевозку другими [видами] [средствами] транспорта до или после перевозки морем.

Статья 2

С учетом положений пункта 3 настоящий документ применяется ко всем договорам перевозки, если

a) место получения [или порт погрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

b) место сдачи [или порт разгрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в Договаривающемся государстве, или]

d) в договоре перевозки предусматривается, что он регулируется настоящим документом или законодательством любого государства, вводящим его в действие".

62. Хотя предложение малой редакционной группы в целом рассматривалось в качестве улучшения текста и шага в направлении достижения консенсуса в вопросе о сфере применения проекта документа, ряд моментов вызвал обеспокоенность. Один из них состоял в том, что в результате предлагаемого текста из сферы действия проекта документа могут быть непреднамеренно исключены те договоры, в которых не указывается или из которых не вытекает, что перевозка будет осуществлена морем, а вопросы о том, будет ли часть перевозки осуществлена морем или какая часть перевозки будет осуществлена морем, оставлены открытыми. Например, перевозка из Ванкувера в Портленд не будет охватываться сферой действия проекта документа, если только в договоре не будет указано, что груз первоначально будет перевезен из Ванкувера в Сиэтл морем. Кроме того, в соответствии с предлагаемой формулировкой перевозка из Ванкувера на Гавайи через Сиэтл также не будет охватываться сферой действия проекта документа, если только в договоре не будет указано, что груз будет первоначально перевезен из Ванкувера в Сиэтл морем. Только морского этапа из Сиэтла на Гавайи не будет достаточно для удовлетворения требования о том, чтобы морской этап охватывал трансграничную перевозку. Была выражена обеспокоенность более общего плана в связи с тем, что, поскольку проект документа направлен не только на то, чтобы охватить определенные аспекты смешанной перевозки, но также и на то, чтобы заменить действующий предназначенный для использования только одного вида транспорта режим, регулирующий международную морскую перевозку грузов, в вопросе о применимости проекта документа к морской перевозке не должно оставаться неясностей.

63. Для устранения вышеуказанных моментов, вызвавших обеспокоенность, были внесены различные редакционные предложения. Одно из них заключалось в том, чтобы добавить слова "прямо или косвенно" после слова "обязуется" в предлагаемом определении "договора перевозки". Цель этого предложения состояла в принятии чисто юридического определения договора перевозки, которое для определения применимости проекта документа не будет требовать проведения каких-либо расследований относительно фактического маршрута перевозки груза. Однако в целом было сочтено, что таких редакционных поправок будет недостаточно для снятия обеспокоенности, выраженной в отношении сферы действия проекта документа. Было также сочтено, что такая

формулировка может увеличить риск коллизии между конвенциями, регулирующими отдельные виды транспорта.

64. Другое предложение состояло в том, чтобы добавить в определение договора перевозки формулировку, предусматривающую, что в случаях, когда в договоре прямо или косвенно не содержится ссылок на вид транспорта и этап, для которого будет использован тот или иной конкретный вид транспорта, договор перевозки будет охватываться проектом документа, если может быть доказано, что груз в действительности перевозился морем.

65. Еще одно мнение состояло в том, что включение в определение "договор перевозки" слова "морем" потребуется, возможно, рассмотреть еще раз.

66. Еще один момент, вызвавший обеспокоенность, заключался в том, что предлагаемое определение "договора перевозки" является, возможно, излишне широким, поскольку оно может охватить определенные виды договоров (например, договоры об использовании "мест" на борту судов, зафрахтованных по чартер–партии), которые не должны регулироваться проектом документа. На основе этой обеспокоенности было внесено предложение о том, что договор, для того чтобы он рассматривался в качестве "договора перевозки" согласно проекту документа, должен подтверждаться "транспортным документом или электронной записью". Это предложение не было принято Рабочей группой. В целом было сочтено, что некоторые договоры перевозки, не подтвержденные транспортным документом (например, в контексте морских перевозок на малые расстояния), возможно, потребуется охватить проектом документа и что вопрос об исключении чартер–партий из сферы действия проекта документа должен быть урегулирован отдельно.

67. После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить свою работу на основе предложения малой редакционной группы. Хотя сохранение варианта A в качестве возможной альтернативы получило определенную поддержку, возобладало мнение о том, что из будущего пересмотренного текста проекта документа должны быть исключены все три варианта. К малой редакционной группе была обращена просьба подготовить пересмотренное предложение, отражающее мнения и опасения, высказанные в отношении ее первого предложения.

68. Второе предложение, подготовленное малой редакционной группой, гласило следующее:

"Статья 1. Определения

Для целей настоящего документа:

a) [i)] "договор перевозки" означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из какого-либо места [порта] в одном государстве в какое-либо место [какой-либо порт] в другом государстве; такой договор может также включать обязательство перевозчика перевезти груз другими видами транспорта до или после перевозки морем;

[ii) договор, предусматривающий вариант перевозки груза морем, считается договором перевозки согласно подпункту (i) при условии, что груз фактически перевозится морем].

Статья 2. Сфера применения

С учетом положений пункта 3 настоящий документ применяется по всем договорам перевозки, если

a) место получения [или порт погрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

b) место сдачи [или порт разгрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в Договаривающемся государстве, или]

d) в договоре перевозки предусматривается, что он регулируется настоящим документом или законодательством любого государства, вводящим его в действие".

69. Основное внимание при обсуждении было уделено определению "договора перевозки". Что касается использования слов "место" или "порт" в подпункте (i), то предпочтение было выражено слову "порт", с учетом его связи с морскими вопросами. В то же время, принимая во внимание трудности, которые, как предполагается, возникнут в связи с определением "порта", возобладало мнение о том, что может быть использовано более нейтральное слово "место", принимая во внимание основную направленность этого проекта положения на морские перевозки, которая выражается во всем его тексте. В редакционном плане было высказано мнение о том, что вторая формулировка в подпункте (i) могла бы гласить следующее: "кроме того, такой договор может также включать обязательство такого перевозчика перевезти груз другими видами транспорта до или после такой международной морской перевозки".

70. Более принципиальная обеспокоенность была выражена в связи с редакцией как определения "договора перевозки", так и положения, устанавливающего сферу применения проекта документа. Было указано, что определение договора перевозки должно ограничиваться описанием основных обязательств по договору перевозки (договору, согласно которому перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве) и указанием на то, что такая перевозка должна включать морской этап. Было также отмечено, что критерий международного характера, устанавливаемый для обеспечения применимости проекта документа, должен являться предметом не определения "договора перевозки", а исключительно положения, касающегося сферы действия проекта документа. В силу этого было предложено, чтобы концепция, согласно которой перевозка на морском этапе должна осуществляться между двумя различными государствами, была изложена в проекте статьи 2 вместе с остальными положениями о критерии международного характера, устанавливаемом проектом документа. Рабочая группа приняла эту обеспокоенность к сведению.

71. Применительно к подпункту (ii) были выражены различные мнения. Одно из них состояло в том, что этот проект положения является необходимым и что его редакцию необходимо улучшить, возможно, путем дополнительного указания на то, что выбор морской перевозки грузов должен быть либо прямо указан в договоре, либо косвенно вытекать из него. Было также высказано мнение, что слово "считается" должно быть заменено словами "может считаться".

72. Другое мнение заключалось в том, что подпункт (ii) следует исключить в качестве возможной причины коллизий с другими конвенциями. Например, если в договоре указывается, что перевозка должна быть осуществлена "по воздуху", а товары фактически отправлены морем, применимыми могут быть и проект документа, и Варшавская конвенция. Было указано, что в проекте документа не

следует создавать возможностей для махинаций со стороны перевозчика, который может отправить грузы морем в нарушение своих договорных обязательств. Что касается ситуации, когда в договоре не указывается вид транспорта, было отмечено, что она может быть урегулирована судами и что коммерческие стороны следует призвать избегать подобной неопределенности в заключаемых ими договорах. В качестве еще одного возражения против текста подпункта (ii) было указано, что он может привести к путанице между договорами перевозки и договорами экспедирования груза.

73. Еще одно мнение состояло в том, что существенные положения подпункта (ii) могут быть более подробно обсуждены в контексте положений, касающихся ответственности согласно проекту документа. Хотя в целом было сочтено, что текст подпункта (ii), возможно, потребует значительных редакционных поправок, было также поддержано мнение о том, что проект документа должен охватывать ситуацию, когда в договоре не указывается конкретный вид транспорта. В числе различных возможных вариантов пересмотра редакции подпункта (ii) предлагалось в качестве полезной модели использовать статью 18 (4) Монреальской конвенции.

74. После обсуждения Рабочая группа постановила сохранить второе предложение малой редакционной группы для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий, при условии переноса заключенного в квадратные скобки подпункта (ii) за пределы определения "договора перевозки", содержащегося в статье 1 (a). К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект, с возможными вариантами, отражающий различные высказанные мнения и опасения.

75. После завершения обсуждения было внесено предложение об альтернативной формулировке статьи 1 (a)*.

c) Проект статьи 2(2)

76. Рабочая группа сочла содержание пункта 2 в целом приемлемым.

d) Проект статьи 2(3)

77. Широкое согласие в рамках Рабочей группы было высказано в связи с мнением о том, что некоторые виды договоров вообще не должны охватываться проектом документа или должны охватываться на неимперативной, субсидиарной основе. К их числу относятся, в частности, те договоры, которые на практике являются результатом обширных переговоров между грузоотправителями и перевозчиками, в отличие от тех транспортных договоров, которые не требуют (или применительно к которым коммерческая практика не допускает) того же уровня возможностей для изменения условий с целью учета индивидуальных ситуаций. Последние договоры, как правило, принимают форму договоров присоединения, в контексте которых сторонам может потребоваться защита на основании императивных норм.

---

* "Статья 1 (a)

"Договор перевозки" означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве,если:

i) договор включает обязательства перевезти груз морем из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве; или

ii) перевозчик может исполнить договор, по крайней мере частично, путем перевозки груза морем из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве; и груз фактически перевозится таким образом.

Кроме того, договор перевозки может также включать обязательство перевезти груз другими видами транспорта до или после международной морской перевозки".

78. Различные взгляды были высказаны в отношении наилучших законодательных инструментов для исключения тех договоров, которые не должны охватываться проектом документа на императивной основе. Одна точка зрения заключалась в том, что в положении, касающемся сферы применения проекта документа, должно быть сохранено традиционное исключение в отношении чартер–партий. Было высказано предположение о том, что такое традиционное исключение должно быть дополнено установлением соответствующего режима в отношении четко определенных видов договоров, применительно к которым положения проекта документа не должны иметь обязательной силы. В то же время было также выражено мнение о том, что такие договоры должны регулироваться не в проекте статьи 2, а в главе 19, посвященной свободе договора. Согласно этой точке зрения было указано, что ссылки на "договоры фрахтования, договоры на массовые грузы или аналогичные соглашения", которые в настоящее время приводятся в квадратных скобках, должны быть перенесены в главу 19 с возможным дополнением их ссылкой на "соглашения о морских линейных перевозках (СМЛП)". Было напомнено о том, что в документе A/CN.9/WG.III/WP.34 содержатся подробные разъяснения в отношении практики СМЛП и причин, по которым они должны быть исключены из сферы действия проекта документа. Применительно к возможному включению определения СМЛП было предложено следующее:

"a) "Соглашение о морских линейных перевозках" представляет собой договор в письменной (или в электронной) форме, помимо коносамента или другого транспортного документа, выдаваемого при получении груза перевозчиком или исполняющей стороной, который заключается между одним и несколькими грузоотправителями или одним или несколькими перевозчиками и в рамках которого перевозчик или перевозчики соглашается/соглашаются выполнить полноценное обязательство по оказанию услуги в виде морской перевозки (которая может включать также наземную перевозку и соответствующие услуги) минимального объема груза посредством перевозки серии партий груза на судах, используемых для линейных перевозок, за которую грузоотправитель или грузоотправители соглашаются уплатить по обусловленным ставкам и предоставить минимальный объем груза.

b) Для целей пункта (a) понятие "полноценное обязательство по оказанию услуги" означает обязательство в отношении оказания услуги, которое в императивном порядке не предусмотрено в отношении перевозчика в соответствии с настоящим документом.

c) Для целей пункта (a) понятие "линейные перевозки" означает общедоступные морские грузовые перевозки с использованием судов для транспортировки генеральных грузов по твердому регулярному расписанию рейсов между несколькими конкретными портами.

d) Соглашение о морских линейных перевозках не включает фрахтование судна или фрахтование пространства или мощностей на линейном судне".

79. Другая точка зрения состояла в том, что пункт 3 следует исключить и что этот вопрос должен быть рассмотрен в тех положениях проекта документа, которые касаются свободы договора. В поддержку мнения о неуместности подготовки перечня отдельных договоров, исключаемых из сферы применения проекта документа, было разъяснено, что согласование такого перечня может вызвать огромные трудности. Например, что касается чартер–партий, которые традиционно исключаются из сферы действия международных конвенций, регулирующих морскую перевозку грузов, было указано, что достижение общего понимания юридической природы чартер–партий и способов, при помощи которых такой документ может быть включен в последующие договоры

перевозки, может оказаться невозможным. Было заявлено о том, что размывание понятия "чартер–партия" после 1924 года (и юридическая неопределенность в этом отношении) только усилились в результате модернизации торговой практики и что по этой причине эта концепция более не должна использоваться в рамках усилий по согласованию права международной торговли. Родственные понятия, такие как "договоры фрахтования, договоры на массовые грузы или аналогичные соглашения", были сочтены еще более неточными и трудными для определения, чем чартер–партии. В соответствии с этой точкой зрения было указано, что в проекте документа не следует предпринимать попыток определить такие договоры. Вместо этого Рабочей группе было предложено сконцентрировать внимание на подготовке общего стандарта, устанавливающего условия, при которых договор может рассматриваться в качестве "свободно заключенного", причем в этом случае положения проекта документа должны применяться только в качестве субсидиарных норм.

80. Рабочая группа выразила широкую поддержку идее о необходимости предпринять дополнительные усилия по подготовке свода критериев для определения случаев обязательного применения проекта конвенции. Вместо указания видов договоров, исключаемых из сферы действия проекта документа, будет, возможно, проще определить ситуации, когда императивное применение проекта документа было бы неуместным. В качестве ситуации, когда преимущественную силу должна иметь свобода договора, были указаны следующие: ситуация, когда договор заключен свободно; ситуация, когда в центре внимания договора лежат вопросы использования судна, а не перевозки грузов; ситуация нелинейных перевозок; и ситуация, когда объектом фрахтования является все судно или его значительная часть. Было признано, что даже в случае, если подобные критерии смогут быть разработаны, неизбежно сохранится некоторая неопределенность, разрешать которую предстоит судам.

81. Еще одна точка зрения заключалась в том, что хотя в проекте документа, возможно, потребуется более широко признать свободу договора, должен быть четко установлен его обязательный характер в отношении третьих сторон, когда такие третьи стороны наделяются правами согласно проекту документа.

82. После обсуждения Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный проект, с возможными вариантами, отражающий в максимально возможной степени вышеизложенные мнения и предложения.

e) Проект статьи 2(4)

83. С учетом возможного рассмотрения вопроса об изменении места пункта 4 в тексте после обсуждения главы 19 Рабочая группа сочла содержание этого проекта положения в целом приемлемым. Было решено сохранить слова "[договором фрахтования, договором на массовые грузы или аналогичным соглашением]" в квадратных скобках для дальнейшего обсуждения. Рабочая группа приняла к сведению предложение о возможных улучшениях редакции текста. Одно из них состояло в добавлении слов "или грузополучателем" в конце пункта. Другое предложение предусматривало исключение ссылки на "оборотный" транспортный документ или электронную запись, с тем чтобы охватить также и случай, когда выдаются необоротный документ или электронная запись.

f) Проект статьи 2(5)

84. С учетом возможного рассмотрения вопроса об изменении места пункта 5 в тексте после обсуждения главы 19 Рабочая группа сочла содержание этого проекта положения в целом приемлемым.

4. Исключения из режима ответственности, навигационная ошибка и бремя доказывания (проект статьи 14)

a) Пункты 1 и 2 проекта статьи 14

85. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проектов статей 14(1) и (2):

"Статья 14. Основания ответственности

Вариант A пунктов 1 и 2

1. Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место в период ответственности перевозчика, как это определяется в главе 3, если только перевозчик не докажет, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку или способствовавшие им, возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3).

2. Несмотря на положения пункта 1, если перевозчик доказывает, что он выполнил свои обязательства в соответствии с главой 4 и что утрата или повреждение груза или задержка в сдаче были вызваны [исключительно] одним из перечисленных ниже событий, [предполагается, в отсутствие доказательств обратного, что ни его действия, ни действия исполняющей стороны не вызвали такой утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им]] [перевозчик не несет ответственности за исключением случаев, когда доказано, что такая утрата, повреждение или задержка произошли по его вине или по вине исполняющей стороны].

a) [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

b) карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c) действия или упущения грузоотправителя по договору распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

e) потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) недостаточность или плохое состояние упаковки или маркировки;

g) скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h) обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 и 13(2), когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву.

Вариант B пунктов 1 и 2

1. Перевозчик освобождается от ответственности, если он доказывает, что:

i) он выполнил свои обязательства в соответствии со статьей 13.1 [или что невыполнение его обязательств не вызвали такой утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им]] и

ii) ни его вина, ни вина его служащих или агентов не являлись причиной утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им] или

что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из перечисленных ниже событий:

a) [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

b) карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c) действия или упущения грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

e) потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) недостаточность или плохое состояние упаковки или маркировки;

g) скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h) обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 и 13(2), когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

Тем не менее перевозчик несет ответственность за утрату, повреждение или задержку, если грузоотправитель по договору доказывает, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку [или способствовавшие им] возникли по его вине или по вине его сотрудников или агентов.

Вариант C пунктов 1 и 2

1. Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место в период ответственности перевозчика, как это определено в главе 3.

2. Перевозчик освобождается от ответственности в соответствии с пунктом 1, если он докажет, что обстоятельства, вызывавшие утрату, повреждение или задержку [или способствовавшие им], возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3).

2 бис. Предполагается, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3), если перевозчик доказывает, что утрата или

повреждение груза или задержка в сдаче были вызваны [исключительно] одним из перечисленных ниже событий:

a) [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

b) карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c) действия или упущения грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

e) потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) недостаточность или плохое состояние упаковки или

g) скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h) обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 и 13(2), когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

Такая презумпция опровергается, если истец доказывает, что утрата, повреждение или задержка возникли по вине перевозчика или любого лица, упомянутого в статье 15(3). Кроме того, такая презумпция опровергается, если истец доказывает, что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из обстоятельств, перечисленных в статье 13(1)(a), (b) или (c). Тем не менее в таком случае перевозчик освобождается от ответственности, если он доказывает, что он выполнил обязанности, предусмотренные в статье 13".

86. Рабочей группе было сообщено, что в настоящее время собираются фактические данные применительно к содержащемуся в пунктах 10–12 документа A/CN.9/WG.III/WP.34 предложению о том, что необходимо сохранить пределы ответственности по Гаагско–Висбийским правилам. Было высказано мнение, что предварительные результаты анализа данных о контейнеризированном импорте и экспорте Соединенных Штатов, считающихся данными, представительными для тех грузов, которые будут охватываться проектом документа, показывают, что средняя стоимость большинства перевозимых грузов ниже установленных в Гаагско–Висбийских правилах ограничений на упаковку и вес. Анализ этой информации будет продолжен с целью представления Рабочей группе на ее тринадцатой сессии более точных результатов, и к другим делегациям был обращен призыв собрать соответствующие данные из их национальной отраслевой статистики в целях представления информации Рабочей группе.

87. В порядке общего представления раздела III документа A/CN.9/WG.III/WP.34, касающегося исключений из режима ответственности, навигационной ошибки и бремени доказывания, Рабочей группе был разъяснен общий использованный подход. В пункте 14 документа A/CN.9/WG.III/WP.34

обсуждается вопрос о том, следуют ли возражения, предусмотренные в проекте статьи 14 проекта документа, рассматривать в качестве оснований для освобождения от ответственности или же в качестве презумпций. Было высказано мнение, что на практике между этими двумя подходами не существуют каких-либо реальных различий, поскольку согласно системе освобождения от ответственности право перевозчика полагаться на освобождение от ответственности может по-прежнему быть утрачено, если стороны, имеющие интерес в грузе, смогут доказать вину перевозчика. Было предложено продолжать рассматривать перечень "исключенных рисков" в проекте статьи 14 проекта документа в качестве оснований для освобождения от ответственности с тем, чтобы обеспечить большую предсказуемость и единообразие в применении возражений, с учетом достаточно обширного свода прецедентного права, сформировавшегося на основе применения подхода Гаагских и Гаагско–Висбийских правил. Далее в связи с собственно "исключенными рисками" было отмечено, что возражение на основании навигационной ошибки должно быть исключено и что возражение на основании пожара должно быть изменено с тем, чтобы учесть характер проекта документа, регулирующего перевозки "от двери до двери", путем ограничения применения этого исключения только морскими возражениями (см. A/CN.9/WG.III/WP.34, пункты 13 и 16–17).

88. В порядке дальнейших разъяснений Рабочей группе было сообщено мнение о том, что рассмотрение дела о причинении ущерба грузу является на практике четырехступенчатым процессом. На первом этапе от стороны, заявляющей требование на груз, требуется доказать свои претензии *prima facie*, продемонстрировав, что ущерб был причинен грузу в период ответственности перевозчика. На этом первом этапе от стороны, заявляющей требование на груз, не требуется доказывать причину ущерба и в случае, если какие-либо дальнейшие доказательства получены не будут, перевозчик будет нести ответственность за неразъясненные убытки, причиненные во время его периода ответственности. На втором этапе перевозчик может опровергнуть доводы истца *prima facie*, доказав наличие "исключенного риска" согласно статье IV.2 Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, а также доказав, что ущерб был причинен грузу именно по причине этого риска. На третьем этапе сторона, заявляющая требование на груз, имеет возможность доказать, что "исключенный риск" явился не единственной причиной причинения ущерба и что перевозчик в определенной степени способствовал причинению ущерба в результате нарушения его обязанности заботиться о грузе. После того как истец доказал, что ущерб вызван несколькими причинами, начинается четвертый этап процедур, на котором ответственность за ущерб распределяется между различными причинами. Было высказано мнение о том, что с момента проработки первых трех этапов этого подхода в Гаагских правилах они функционировали весьма успешно и что этот общий подход необходимо сохранить в проекте документа.

89. В заключение в Рабочей группе было высказано предостережение в связи с тем, что исключение навигационной ошибки в качестве основания для освобождения от ответственности может привести к непреднамеренным последствиям. Было выражено мнение о том, что в большинстве случаев, когда происходят утрата или повреждение груза в море, истец, как правило, сможет привести вполне правдоподобный довод о том, что перевозчик имел возможность сократить ущерб, приняв иное навигационное решение, и что, таким образом, была совершена навигационная ошибка. Согласно нынешнему правовому регулированию, этот довод принят не будет, поскольку навигационная ошибка перечислена в качестве "исключенного риска". В то же время было высказано мнение о том, что, если навигационная ошибка будет исключена из перечня "исключенных рисков", как это следует согласно решению Рабочей

группы, и если бремя доказывания не будет должным образом скорректировано, перевозчику придется приводить доказательства применительно к распределению приходящейся на него доли причин в нанесении ущерба, что было сочтено практически "невыносимым бременем". Было высказано мнение, что как практический результат перевозчик будет в большинстве случаев нести ответственность в полном объеме за весь ущерб при наличии какой-либо навигационной ошибки и что такой порядок может лишить смысла положения об "исключенных рисках" в большинстве ситуаций, когда причинение ущерба происходит на море (продолжение обсуждения этого вопроса применительно к бремени доказывания см. пункты 127 и 129 ниже).

90. Рабочая группа согласилась продолжить изучение вариантов A, B и C проекта статьи 14, как они содержатся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32, путем обсуждения в первую очередь общего подхода, затем вопроса об "исключенных рисках", а вслед за этим вопроса о бремени доказывания, при том что в заключение будет рассмотрена проблема совместных причин причинения ущерба. Поддержка была выражена общему подходу к проекту статьи 14, описанному в пункте 88 выше. Было также высказано мнение, что Рабочей группе следует в ходе общего обсуждения принять решение о предпочтительном подходе к вопросу о природе ответственности, будь то строгой или на основании презюмируемой вины, или, возможно, о какой-либо ее иной природе. Значительную поддержку получила точка зрения о том, что природа ответственности по проекту статьи 14 должна основываться на презюмируемой вине. В этой связи решительная поддержка была также выражена подходу, использованному в первом пункте варианта A проекта статьи 14. Кроме того, было высказано мнение о том, что проект статьи 14 не следует рассматривать изолированно, а необходимо сбалансированно изучить распределение рисков между сторонами в целом, причем в данном контексте требуется также рассмотреть проект статьи 13 в том, что касается обязательства перевозчика проявлять надлежащую осмотрительность. Рабочая группа выразила общее согласие с подходом, заключающимся в том, что перевозчик должен нести ответственность за неразъясненный ущерб, причиненный во время его периода ответственности, но что перевозчику в этом случае должна быть предоставлена возможность доказать причину ущерба. В свете этого общего согласия было высказано мнение о том, что использование в проекте статьи 14 потенциально наполненных соответствующим смыслом слов, таких как "вина", "презумпция" и "освобождение от ответственности", не является необходимым, поскольку подобные термины могут быть неверно истолкованы. Противоположная точка зрения состояла в том, что избегать использования слова "вина" не следует, поскольку уже с начала разработки Гаагских правил это понятие является частью режима ответственности и его значение является предельно ясным и вряд ли приведет к непониманию.

91. Что касается обсуждения вариантов A, B и C проекта статьи 14, то значительная поддержка была выражена варианту A. Было высказано мнение, что вариант A в большей мере соответствует классическому подходу к ответственности перевозчика и что в нем более четко выражается мысль о том, что перевозчик будет по-прежнему нести ответственность за неразъясненный ущерб. Был сделан ряд предложений об уточнении формулировки варианта A. Одно из них состояло в том, чтобы поставить точку после слов "в главе 3" в пункте 1 и исключить остальную часть этого пункта. Было высказано мнение, что ссылка в вариантах A и C на статью 15(3) вводит в заблуждение и является излишней и что ее следует исключить. Это предложение получило определенную поддержку. Другое мнение в этой связи заключалось в том, что следует заменить формулировку "лица, упомянутого в статье 15(3)" словами "исполняющей стороны". Еще одно внесенное предложение общего плана состояло в том, что в проекте статьи 14 может быть использован подход,

примененный в действующих конвенциях, регулирующих отдельные виды транспорта, и что сначала может быть изложено, например, следующее базовое правило ответственности: "перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение груза, которые произошли в период, когда груз находился в его ведении", – без какой-либо конкретной ссылки на вину, а вслед за этим может быть помещен пункт, оговаривающий ситуации, в которых перевозчик может быть освобожден от ответственности за утрату или повреждение.

92. Определенная поддержка была выражена варианту B проекта статьи 14, в частности в отношении подхода к перечню "исключенных рисков" как к основаниям для освобождения от ответственности, а не как к презумпциям. Было высказано мнение, что общий подход, использованный в варианте B, в значительной мере соответствует подходу Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, поскольку перевозчик не несет никакой ответственности до того момента, пока лицо, заявляющее требование на груз, не докажет, что ущерб причинен в период ответственности перевозчика и поскольку затем предусматривается применение перечня "исключенных рисков", вслед за чем стороне, заявляющей требование на груз, будет предоставлена возможность возразить против этих исключений и доказать, что ущерб явился результатом иной причины, за которую несет ответственность перевозчик, например в результате немореходного состояния судна. В то же время была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в варианте B ответственность перевозчика вообще не выражена ясно и что в пункте 1 этого варианта указывается, что "перевозчик освобождается от ответственности" без установления его ответственности в первую очередь. В ответ была высказана точка зрения о том, что в варианте B в силу включенного в него последнего пункта не требуется наличия вводного пункта, сопоставимого с пунктом 1 вариантов A и C.

93. Вариант C поддержки не получил.

94. В редакционном плане была выражена обеспокоенность в связи с включением в варианты A, B и C дополнительной формулировки "или способствовавшим им" применительно к сторонам, "вызвавшим утрату, повреждение или задержку или способствовавшим им". Было высказано мнение, что эта формулировка позволяет предположить, что если перевозчик несет какую-либо ответственность за любую долю ущерба, пусть даже только за 5 процентов, то перевозчик будет нести ответственность за весь ущерб. Было предложено исключить эту формулировку или разъяснить, что перевозчик несет ответственность только в объеме приходящейся на него доли утраты или повреждения.

95. В целом Рабочая группа выразила предпочтение подходу, использованному в варианте A проекта статьи 14.

96. Неофициальная редакционная группа в составе ряда делегаций подготовила пересмотренный вариант проекта статьи 14 на основе проведенных в Рабочей группе обсуждений вариантов A, B и C. Текст первого пересмотренного варианта проекта статьи 14, предложенного Рабочей группе для обсуждения, гласил следующее:

"Предлагаемый пересмотренный вариант проекта статьи 14

1. С учетом положений пункта 2 перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если [грузоотправитель по договору] докажет, что

a) утрата, повреждение или задержка; или

b) событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку

произошли в период ответственности перевозчика, как он определен в главе 3.

2. С учетом положений пункта 3 перевозчик освобождается от ответственности согласно пункту 1, если он докажет:

[i) что он выполнил свои обязательства согласно проекту статьи 13.1 или что его неисполнение не явилось причиной утраты, повреждения или задержки, и]

ii) что ни его вина, ни вина его служащих или агентов [, ни вина исполняющей стороны] не явились причиной утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им]; или

что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из следующих событий:

a) [возражение на основании пожара]; или

b) …; или

… [*место для включения всех иных оснований, которые должны быть указаны в перечне*].

3. Если [грузоотправитель по договору] докажет, что вина перевозчика или вина его служащих или агентов [, или вина исполняющей стороны] также способствовали утрате, повреждению или задержке, то ответственность распределяется в соответствии с пунктом 4. [В той мере, в которой [грузоотправитель по договору] докажет, что утрата, повреждение или задержка были вызваны неспособностью перевозчика

a) привести судно в мореходное состояние [и поддерживать его в таком состоянии];

b) должным образом укомплектовать экипаж, оснастить и снабдить судно; или

c) привести трюмы и все другие части судна, в которых перевозится груз (включая контейнеры, когда они предоставлены перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз) в надлежащее и безопасное состояние для погрузки, перевозки и хранения [и поддерживать их в таком состоянии],

то перевозчик освобождается от ответственности, если он докажет, что выполнил свое обязательство проявлять надлежащую осмотрительность, как это требуется согласно проекту статьи 13.1.]

4. [*место для включения положения о распределении ответственности в случае наличия нескольких причин; см. проект статьи 14.3 и сноску 79 в документе WP.32*]".

97. В порядке представления предложенного пересмотренного варианта статьи 14 Рабочей группе было сообщено, что цели использовать либо подход, предполагающий установление оснований для освобождения от ответственности, либо подход, предполагающий установление презумпций, не преследовалось, однако было отмечено, что пересмотренный вариант, по всей вероятности, в большей степени соответствует подходу, предполагающему установление презумпций. Рабочей группе было также сообщено, что статья 14(1) в ее пересмотренном варианте по сути соответствует пункту 1 вариантов A и C. Одно незначительное изменение состоит в том, что слова "грузоотправитель по договору" были помещены в квадратные скобки в пунктах 1 и 3 пересмотренного варианта статьи 14 с тем, чтобы обратить внимание на то, что использование этого термина должно быть приведено в соответствие со статьей 63 проекта документа применительно к вопросу о том, какая сторона обладает правом предъявлять иски согласно договору перевозки. В отличие от вариантов A, B или C проекта документа, в пересмотренном

варианте статьи 14(1) разъясняется, от какой стороны требуется предъявление доказательств *prima facie* того, что утрата или повреждение произошли в период ответственности перевозчика. Далее было высказано мнение, что целью пересмотренного варианта статьи 14(1) является закрепление сформировавшегося в Рабочей группе консенсуса о том, что перевозчик должен нести ответственность за неразъясненный ущерб, и что, таким образом, в этот вариант включены подпункт (a) для охвата ситуации, когда причина ущерба является известной, и подпункт (b) для охвата ситуации, когда причина ущерба не известна.

98. Далее в порядке представления пересмотренного варианта статьи 14(2) Рабочей группе было разъяснено, что этот текст преследовал цель предоставления перевозчику возможности доказать, почему он не должен нести ответственности, и что подпункт (ii) этого текста содержит перечень "исключенных исков", при том что вступительная формулировка подпункта (ii) соответствует статье IV.2.q Гаагских и Гаагско–Висбийских правил. Было указано, что, по причине отсутствия ясности в вопросе о том, следует ли включать в список обязательство в отношении мореходного состояния, были использованы два альтернативных подхода: один в подпункте (i) пересмотренного варианта статьи 14(2), а другой – в квадратных скобках в пересмотренном варианте статьи 14(3). Подход к обязательству поддерживать мореходное состояние в пересмотренном варианте статьи 14(2) преследует цель изложить это обязательство в качестве ключевого, в то время как подход к обязательству поддерживать мореходное состояние в пересмотренном варианте статьи 14(3) преследует цель отразить альтернативное решение, состоящее в том, что это обязательство должно рассматриваться в качестве еще одного вопроса, который должен быть доказан лицом, заявляющим требование на груз, при условии существования у перевозчика возможности доказать проявление им должной осмотрительности. Пересмотренный вариант статьи 14(3) преследует цель охватить этап, на котором сторона, заявляющая требование на груз, может доказать, что поведение перевозчика явилось дополнительной причиной, способствующей причинению ущерба. Было указано, что, если доводы стороны, заявляющей требование на груз, будут успешными, может быть применен пересмотренный вариант статьи 14(4), который касается распределения ответственности за ущерб на основании либо проекта статьи 14(3) проекта документа, либо формулировок, содержащихся в сноске 79 документа A/CN.9/WG.III/WP.32.

99. Рабочая группа приветствовала пересмотренный вариант статьи 14 в качестве положительного вклада, который создает возможности для продвижения вперед. Было выражено общее согласие с тем, что предложенный текст необходимо внимательно обдумать и изучить в течение нескольких месяцев до проведения тринадцатой сессии Рабочей группы. Было выражено мнение, что необходимо провести тщательную оценку пересмотренного положения с тем, чтобы избежать наложения нового бремени на сторону, заявляющую требование на груз. Другой момент, вызвавший обеспокоенность, был связан с тем, что традиционный способ, с помощью которого лицо, заявляющее требование на груз, может доказать факт причинения ущерба, состоит в предъявлении истцом чистого коносамента. В то же время было разъяснено, что пересмотренный вариант статьи 14(1) преследует цель предоставить в распоряжение лица, заявляющего требование на груз, один из возможных вариантов действий, поскольку подпункт (a) охватывает традиционный метод предъявления чистого коносамента, в то время как подпункт (b) позволяет истцу доказать факт причинения ущерба в случае, когда повреждение груза проявляется лишь впоследствии. Было указано, что, хотя подпункт (b), возможно, и является избыточным, для придания этому

положению большей ясности в него были включены как возможность (a), так и возможность (b).

100. Было высказано несколько просьб в отношении уточнения пересмотренного варианта. Обеспокоенность была выражена в связи с тем, что пересмотренный вариант статьи 14(1)(b) сформулирован, возможно, недостаточно широко для того, чтобы охватить ущерб, наносимый в течение продолжительного периода времени, например ущерб, причиненный морской водой. Было предложено заменить в пересмотренном варианте статьи 14(1)(b) формулировку "событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку" словами "произошли утрата, повреждение или задержка", с тем чтобы учесть случай причинения ущерба грузу в течение длительного времени, а также несколько упростить бремя доказывания для истца, поскольку ему не потребуется доказывать фактическую причину утраты или повреждения, а лишь только тот факт, что они произошли в период ответственности перевозчика. Эта точка зрения получила определенную поддержку. Однако поддержка была также выражена мнению о том, что нынешняя формулировка в пересмотренном варианте статьи 14(3) надлежащим и достаточным образом охватывает ситуацию длительного причинения ущерба. Была также высказана точка зрения о том, что из пересмотренного варианта статьи 14(1) ясно не вытекает, является ли основанием для ответственности презумпция вины перевозчика. В ответ было разъяснено, что принципы варианта A статьи 14 были отражены в различных пунктах пересмотренного положения, а не в каком-либо одном пункте.

101. С целью максимального содействия эффективности консультаций, которые, как ожидается, будут проведены до тринадцатой сессии Рабочей группы, неофициальная редакционная группа подготовила второй пересмотренный вариант проекта статьи 14, основывающийся на проведенных в Рабочей группе обсуждениях вариантов A, B и C статьи 14 и первого пересмотренного варианта статьи 14. Текст второго пересмотренного варианта статьи 14, представленного на рассмотрение Рабочей группы, гласил следующее:

"Предлагаемый пересмотренный вариант статьи 14

1. Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если [грузоотправитель по договору] докажет, что

a) утрата, повреждение или задержка; или

b) событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку [или способствовавшее им]

произошли в период ответственности перевозчика, как он определен в главе 3, если только [и в той мере, в которой] перевозчик не докажет, что ни его вина, ни вина любого лица, упомянутого в статье [15(3)], не явились причиной утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им].

2. [Перевозчик не несет ответственности согласно пункту 1, если [и в той мере, в которой] он докажет, что утрата, повреждение или задержка были вызваны] [Считается, что ни вина перевозчика, ни вина любого лица, упомянутого в статье [15(3)], не являлись причиной утраты, повреждения или задержки, если [и в той мере, в которой] перевозчик докажет, что утрата, повреждение или задержка были вызваны] одним из следующих событий:

a) [пожар]; или

b) ...; или

... [*место для включения всех иных оснований, которые должны быть указаны в перечне*],

если только [и в той мере, в которой] [грузоотправитель по договору] не докажет, что

i) вина перевозчика или другого лица, упомянутого в статье [15(3)], явилась причиной события, на которое перевозчик ссылается согласно настоящему подпункту [, или способствовала ему]; или

ii) любое событие, иное чем те, которые перечислены в настоящем подпункте, способствовало утрате, повреждению или задержке.

3. В той мере, в которой [грузоотправитель по договору] докажет [, что имели место] [, что утрата, повреждение или задержка были вызваны]

i) немореходным состоянием судна;

ii) ненадлежащим укомплектованием экипажа, оснащением и снабжением судна; или

iii) тем фактом, что трюмы или другие части судна, в которых перевозится груз (включая контейнеры, когда они предоставлены перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз), не находились в должном или безопасном состоянии для погрузки, перевозки и хранения груза,

то перевозчик несет ответственность согласно пункту 1, если он не докажет, что

a) он выполнил свое обязательство проявлять надлежащую осмотрительность, как это требуется согласно статье 13(1) [; или

b) утрата, повреждение или задержка не были вызваны любым из фактов, упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii) выше].

"[4. В случае одновременного воздействия нескольких причин, каждая из которых вызвала часть утраты, повреждения или задержки, суд определяет объем, в котором перевозчик несет ответственность, пропорционально той мере, в которой причина, относимая на счет его вины, способствовала утрате, повреждению или задержке.] [Суд может распределить ответственность на равных основаниях лишь в том случае, если он не способен установить фактические доли или если он установит, что фактические доли распределения являются равными.]"

102. В порядке представления второго пересмотренного варианта статьи 14 Рабочей группе было сообщено, что в пункте 1 предпринимается попытка установить базовые правила в отношении распределения бремени доказывания между истцом и перевозчиком. Было разъяснено, что, как и в предыдущем пересмотренном варианте статьи 14, от истца требуется доказать, что ущерб был действительно причинен и что момент причинения ущерба может быть отнесен к периоду ответственности перевозчика. Основополагающий подход состоит в том, что перевозчик должен считаться ответственным за неразъясненный ущерб. Было отмечено, что во вводной части пункта 2 второго пересмотренного варианта содержатся две альтернативные формулировки в квадратных скобках, что отражает сохраняющееся расхождение мнений в вопросе о том, следует ли "исключенные риски" считать основаниями для освобождения от ответственности или же презумпциями отсутствия ответственности. Первая из этих альтернативных формулировок преследует цель отразить подход, предполагающий установление оснований для освобождения от ответственности, а вторая направлена на то, чтобы отразить подход, предполагающий установление презумпций. Далее было разъяснено, что во вводную часть пункта 3 включены альтернативные формулировки в квадратных скобках с целью отразить различие во мнениях по вопросу о том, следует ли предусмотреть требование к истцу просто доказать наступление событий,

оговоренных в подпунктах (i), (ii) и (iii), или же ему необходимо будут доказать, что эти события явились причиной утраты, повреждения или задержки. Было отмечено, что пункт 3(b) был заключен в квадратные скобки, чтобы указать, что необходимость в этой формулировке возникнет только в том случае, если Рабочая группа остановит свой выбор на первом альтернативном варианте во вводной части пункта 3. Рабочей группе было также сообщено, что в распоряжении неофициальной редакционной группы не имелось достаточного времени для рассмотрения надлежащей формулировки пункта 4 и что предложенный текст просто представляет собой попытку проиллюстрировать альтернативные мнения в Рабочей группе.

103. Рабочая группа пришла к общему согласию с тем, что, как и в случае первого пересмотренного варианта статьи 14, никакого окончательного решения не может быть принято в отношении второго пересмотренного варианта до проведения его дальнейшего рассмотрения и дальнейших консультаций. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что второй пересмотренный вариант представляет собой улучшение предыдущих проектов и что Рабочей группе следовало бы использовать его в качестве основы для будущей работы по статье 14. Одно из замечаний редакционного характера, высказанных в связи с пересмотренным вариантом этой статьи в целом, состояло в том, что в английском тексте используются формулировки "shall be liable" и "is liable", а в этом отношении следовало бы попытаться обеспечить единообразие.

104. При рассмотрении пункта 1 второго пересмотренного варианта статьи 14 было высказано мнение, что в этом пункте по сути отражен подход варианта A статьи 14, которому отдало предпочтение большинство делегаций. В рамках Рабочей группы была высказана решительная поддержка использованному общему подходу и принципам, отраженным в пункте 1. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что это положение не является достаточно ясным в том, что касается способности перевозчика доказать, что его вина является лишь частичной. Мнение о том, что этот момент следует разъяснить, получило поддержку. В ответ на одно из предложений было сочтено, что добавления в пункт 1 формулировки "в той мере, в которой", которая используется в пункте 2, будет недостаточно для снятия этого опасения. В ответ на обеспокоенность в связи с вопросом о том, каким образом истец сможет нести бремя доказывания, устанавливаемое в пункте 1, было вновь подтверждено, что истец находится в наилучшем положении для доказывания ущерба и того факта, что он был причинен в период ответственности перевозчика, поскольку истцу будет необходимо только доказать, что груз был доставлен перевозчику в хорошем состоянии и что грузополучатель получил его в поврежденном состоянии.

105. В отношении пункта 1 были предложены еще несколько дополнительных редакционных изменений. Одно из предложений состояло в том, что формулировка "перевозчик докажет, что ни его вина, ни вина любого лица" требует представления доказательств, отрицающих наличие чего-либо, и что редакция данного положения может быть изменена с тем, чтобы потребовать представления доказательств, подтверждающих наличие чего-либо. В ответ было отмечено, что в статье IV.2.q Гаагских и Гаагско–Висбийских правил использована практически идентичная формулировка и что такой подход не представляет собой новеллы. Второе предложенное изменение касалось исключения формулировки "если [грузоотправитель по договору] докажет, что", непосредственно предшествующей подпункту (a), однако предложение о сохранении этой формулировки в тексте получило поддержку, поскольку она дает указание на ту сторону, на которой лежит бремя доказывания. Третье предложенное изменение предполагало замену слов "грузоотправитель по договору", приводимых в квадратных скобках, словом "истец", которое затем может быть определено со ссылкой на статью 63 проекта документа.

106. Затем Рабочая группа рассмотрела статью 14(2) второго пересмотренного варианта, подготовленного неофициальной редакционной группой. Как и в случае предыдущих вариантов этого пункта, в центр внимания обсуждений Рабочей группы опять встал вопрос о том, какой подход к перечню "исключенных рисков" следует предпочесть: считать ли их основаниями для освобождения от ответственности или же исходить из презумпции отсутствия ответственности. Были высказаны взгляды, аналогичные тем, которые изложены в пунктах 87, 90, 97 и 102 выше (см. также пункт 119 ниже). Опять-таки поддержка была выражена мнению о том, что предпочтение следует отдать подходу, основывающемуся на презумпции, хотя большинство высказалось в пользу подхода, предполагающего освобождение от ответственности. Был задан вопрос о том, поможет ли замена формулировки на английском языке "it is presumed" словами "it is considered" во втором альтернативном варианте снятию обеспокоенности тех, кто высказался против подхода, основывающегося на презумпции. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что какого-либо особого предпочтения одному подходу по отношению к другому отдавать не следует, особенно если, как ожидается, юридические результаты будут в обоих случаях одинаковы.

107. В связи с пунктом 2 был отмечен ряд редакционных моментов, вызывающих обеспокоенность. Одно из мнений состояло в том, что формулировка в пункте 2(ii) является излишней, в то время как согласно другим высказанным точкам зрения этот подпункт является необходимым, поскольку он охватывает различные обстоятельства, при которых грузоотправитель по договору или истец доказывает не только вину перевозчика в отношении одного из "исключенных рисков", но и факт относимого на счет перевозчика дополнительного события, которое не указано в перечне и которое способствовало утрате или повреждению. Более широкое понимание встретила обеспокоенность тем, что структура первого альтернативного варианта в пункте 2 может вызвать путаницу, так как непреднамеренно может возникнуть впечатление, будто бы перевозчик должен доказать, что он не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку ни согласно пункту 1, ни согласно пункту 2. Было поддержано предложение о том, чтобы – в случае выбора Рабочей группой первого альтернативного варианта в пункте 2 – было разъяснено, что пункт 2 задуман в качестве альтернативного пункту 1 средства, с помощью которого перевозчик может продемонстрировать свою невиновность. Было предложено прояснить это намерение через включение в пункт 2 формулировки, иллюстрирующей его связь с пунктом 1.

108. Рабочей группе было сообщено, что в попытке сгладить противоречия между теми делегациями, которые выступают за применение к перечню "исключенных рисков" подхода, предполагающего освобождение от ответственности, и теми, которые отдают предпочтение подходу, основывающемуся на презумпции, а также исходя из обсуждения вариантов A, B и C проекта статьи 14 и предыдущих неофициальных текстов, представленных на рассмотрение Рабочей группы, одна делегация подготовила еще один пересмотренный вариант пунктов 2 и 4 проекта статьи 14. Текст третьего пересмотренного варианта пунктов 2 и 4 проекта статьи 14, представленный на рассмотрение Рабочей группы, гласил следующее:

> "2. Если перевозчик [, в качестве альтернативы доказыванию отсутствия вины, как это предусматривается в пункте 1,] докажет, что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из следующих событий:
>
> i) .....
>
> то его ответственность за такую утрату, повреждение или задержку будет возникать только в случае, если истец докажет, что:

i) вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14бис, явилась причиной события, на которое ссылается перевозчик согласно настоящему пункту, [или способствовала ему]; или

ii) какое-либо событие, иное чем те, которые перечислены в настоящем пункте, способствовало утрате, повреждению или задержке.

4. В случае, если вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14 бис, способствовала утрате, повреждению или задержке одновременно с другими причинами, за которые перевозчик не несет ответственности, объем ответственности перевозчика, без ущерба для его права на ограничение ответственности, как это предусматривается в статье 18, определяется [судом] пропорционально той мере, в которой утрата, повреждение или задержка может быть отнесена на счет его вины".

109. Было разъяснено, что формулировка в квадратных скобках в первых строках третьего пересмотренного варианта пункта 2 преследует цель снять вышеизложенную обеспокоенность (см. пункт 107 выше) в отношении прояснения взаимосвязи между пунктами 1 и 2. Было также указано, что согласно этому предложению предполагается включить полный перечень "исключенных рисков" и что вторая альтернативная формулировка во втором пересмотренном варианте статьи 14(4) (см. пункт 101 выше), в которой говорится о так называемом правиле распределения "50 на 50", должна быть добавлена после первого предложения пункта 4 этого третьего предложенного варианта (см. пункты 140–144 ниже).

110. Как и в случае предыдущих проектов статьи 14, Рабочая группа пришла к общему согласию с тем, что, хотя никакого окончательного решения до дальнейшего обсуждения и проведения дальнейших консультаций не может быть принято, третье предложение представляет собой хорошую основу для сближения подходов, которым отдается предпочтение в том, что касается перечня "исключенных рисков". Единогласная поддержка была выражена идее о том, чтобы третий пересмотренный вариант (что касается пунктов 2 и 4) и второй пересмотренный вариант (что касается остальной части проекта статьи 14) легли в основу будущей работы над статьей 14(2) при условии внесения редакционных изменений, о которых говорилось выше. Одна из высказанных точек зрения состояла в том, что помимо этих пересмотренных вариантов в проекте документа для продолжения обсуждения должен быть сохранен вариант A статьи 14(1) и (2), как он содержится в записке Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32). Хотя Рабочая группа не согласилась с этой точкой зрения, было указано, что текст всех вариантов, включая вариант A, в отношении которого была выражена значительная поддержка, в справочных целях воспроизводится в настоящем докладе. В контексте этого обсуждения было предложено включить в проект документа – в качестве общего принципиального заявления – положение об обязательном страховании для перевозчиков. Против этого предложения были высказаны решительные возражения.

111. Был внесен ряд предложений в отношении редакционных улучшений текста пункта 2 третьего предложенного пересмотренного варианта. Рабочей группе было сообщено о том, что текст пункта 2(ii) может создать непреднамеренные последствия, поскольку он позволяет предположить, что грузоотправителю по договору или истцу будет необходимо доказывать как наличие дополнительной причины утраты, так и то, что она не входит в перечень "исключенных рисков" в пункте 2(i). Поддержку получило предложение о том, что такой непреднамеренный результат может быть исправлен путем включения

в пункт 2 после слов "событие, иное чем те, которые перечислены в настоящем пункте" дополнительной формулировки "на которое ссылается перевозчик".

112. Рабочая группа поддержала и другие редакционные уточнения, отражающие ранее проведенное обсуждение различных пересмотренных вариантов статьи 14. Было решено добавить после вступительного слова "если" в пункте 2 слова "[и в той мере, в которой]"; исключить слова "только в случае" в тексте, непосредственно следующем за перечнем "исключенных рисков"; и заменить эти слова формулировкой "если [и в той мере, в которой]". Еще одно согласованное уточнение сводилось к тому, чтобы разъяснить взаимосвязь пунктов 2 и 3 таким образом, чтобы избежать создания препятствий для применения пункта 3. Было решено добавить в начало пункта 2 вступительную формулировку "без ущерба для положений пункта 3".

113. Далее Рабочая группа согласилась снять квадратные скобки вокруг формулировки, содержащейся во вступительных строках пункта 2, с тем чтобы учесть обеспокоенность, высказанную относительно возможного неверного истолкования взаимосвязи между пунктами 1 и 2. Было внесено дополнительное предложение редакционного плана, состоявшее в том, что вместо формулировки "то его ответственность будет возникать" в тексте, непосредственно следующем за перечнем исключенных рисков, могут быть использованы такие слова, как "то ответственность перевозчика сохраняется или продолжается" или "то перевозчик несет ответственность за такую утрату, повреждение или задержку". Рабочая группа просила Секретариат рассмотреть вопрос о замене соответствующего текста с учетом высказанного предостережения о том, что замена нынешних формулировок альтернативными не должна приводить к отвлечению внимания от цели пункта 2, который задумывался в качестве альтернативы пункту 1.

114. Было также высказано мнение о том, что взаимосвязь между пунктом 2 и пунктом 1 может остаться непроясненной, если текст третьего пересмотренного варианта будет сохранен в его нынешнем виде. Для того чтобы отразить общее согласие с тем, что в ситуации, когда грузоотправитель по договору или истец доказали наличие относимой на счет перевозчика причины причинения ущерба, которая, однако, не включена в перечень "исключенных рисков" согласно подпункту (ii), следует вернуться к применению пункта 1, Рабочая группа согласилась добавить в подпункт (ii) после поставленной точки следующее предложение: "В подобном случае ответственность определяется в соответствии с пунктом 1".

115. В отношении пункта 2 третьего пересмотренного варианта было внесено еще одно последнее редакционное предложение. Было отмечено, что различные редакционные уточнения, описанные в пунктах выше, позволили прояснить взаимосвязь между пунктами 1 и 2, а также между пунктами 2 и 3 проекта статьи 14, но что содержащиеся в подпунктах (i) и (ii) пункта 2 положения о доказывании противного стали, возможно, неясными в результате внесенных изменений. Было предложено разбить пункт 2 на два отдельных предложения с тем, чтобы разъяснить эту потенциальную проблему. Рабочая группа просила Секретариат рассмотреть эту потенциальную проблему и предложить возможные редакционные улучшения, если это будет сочтено целесообразным.

116. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание третьего пересмотренного варианта статьи 14(2) при условии внесения согласованных редакционных уточнений, как об этом говорится в пунктах выше, в качестве основы для продолжения дальнейшей работы.

b) Перечень "исключенных рисков" в статье 14

117. Затем Рабочая группа рассмотрела перечень "исключенных рисков" в проекте статьи 14. Была выражена поддержка общей точке зрения о

необходимости тесно следовать перечню рисков в статьях IV.2.c – IV.2.q Гаагских и Гаагско–Висбийских правил с тем, чтобы сохранить определенность и предсказуемость, обусловленные наличием значительного свода правовых норм, сформировавшегося по этим вопросам. Были предложены два исключения к этому общему подходу: исключение статьи IV.2.a (навигационная ошибка) и изменение формулировки устанавливаемого в статье IV.2.b исключения на основании пожара, с тем чтобы отразить его ограниченную применимость к морскому этапу перевозки. Эти предложения также получили поддержку. Еще одно мнение состояло в том, что следует изменить используемую в Гаагских и Гаагско–Висбийских правилах концепцию ключевого обязательства перевозчика предоставить судно в мореходном состоянии, с тем чтобы вопрос о мореходности судна мог быть поставлен только на третьем этапе процедур рассмотрения фактического требования из ущерба грузу, т.е. в момент, когда истец сможет доказать, что немореходное состояние судна являлось причиной ущерба, с целью опровергнуть ссылку перевозчика на один из "исключенных рисков".

118. В отношении предложения об использовании в целом перечня "исключенных рисков" из Гаагских и Гаагско–Висбийских правил было разъяснено, что первоначальное правило явилось результатом компромиссного решения, принятого в тот момент для учета потребностей и системы гражданского права, и системы общего права. Был высказан ряд мнений о том, что во многих государствах наличие перечня "исключенных рисков" отнюдь не является необходимым, однако возражений против их сохранения в проекте документа для учета потребностей всех правовых систем и сохранения общего свода правовых норм, сформировавшегося в результате широкого использования Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, не прозвучало.

119. Что касается вопроса о том, следует ли перечень "исключенных рисков" в проекте статьи 14 по-прежнему рассматривать в качестве оснований для освобождения от ответственности или же в качестве презумпций, то поддержка была выражена обоим подходам. Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что подход к перечисленным рискам в качестве оснований для освобождения от ответственности может вызвать путаницу, поскольку подобный подход может обусловить толкование, состоящее в том, что в случае, когда перевозчик докажет реализацию одного из перечисленных рисков, истец не будет иметь права оспорить эти доказательства, освобождающие от ответственности, и доказать в свою очередь, что событие, вызвавшее причинение всего ущерба или его части, явилось результатом вины перевозчика. В одном из выступлений указывалось на возможность того, что, например, в случае предусматриваемого в подпункте (d) исключения для забастовок, если это положение будет рассматриваться в качестве основания для освобождения от ответственности, а не в качестве презумпции, перевозчик может получить освобождение от ответственности на основании забастовок, явившихся результатом его собственных действий. Широкую поддержку получило мнение о том, что, независимо от того, будут ли исключения из общей ответственности перевозчика сформулированы с помощью ссылки на юридическую теорию оснований для освобождения от ответственности или с помощью установления свода презумпций, важнейшее значение будет иметь сохранение в проекте документа механизма опровержения.

120. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению конкретного содержания каждого из перечисленных рисков. Было высказано мнение, что исключение на основании "непреодолимой силы", устанавливаемое в подпункте (a) всех вариантов проекта статьи 14, не является необходимым ввиду общего соответствующее положения, устанавливаемого в статье IV.2.q Гаагских и Гаагской–Висбийских правил и включенного в проект документа. В то же время было высказано мнение о том, что если исключение на основании "непреодолимой силы" будет исключено из перечня "исключенных рисков", то

это может привести к ошибочным судебным толкованиям в результате вольного толкования причин его исключения из перечня "исключенных рисков" в проекте документа. Широкую поддержку получило предложение сохранить исключение на основании "непреодолимой силы".

121. Поддержка была выражена включению пиратства и терроризма в подпункт (a) перечня "исключенных рисков" в проекте документа. Хотя определенные сомнения были высказаны в отношении точного определения понятия "терроризм", было отмечено, что определение "терроризма" имеется в ряде государств. Было высказано мнение о том, что в любом случае необходимость в точном определении терроризма отсутствует, поскольку это понятие выражает определенные намерения, а важный вопрос состоит в том, произошло ли то или иное событие по вине перевозчика. Общая точка зрения состояла в том, что пиратство и терроризм должны быть включены в перечень.

122. Что касается подпункта (b) перечня рисков в проекте документа, то было предложено снять квадратные скобки и сохранить текст при том, что должны быть использованы те же формулировки, что и в Гаагских и Гаагско–Висбийских правилах. Такой подход получил поддержку, однако был задан вопрос о том, может ли формулировка "включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса" охватывать также ситуацию, когда по ходатайству стороны, заявляющей требование на груз, на судно накладывается арест. Было предложено разъяснить значение формулировки "вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса".

123. С целью расширения охвата подпункта (d) перечня "исключенных рисков" было предложено добавить в конце этого подпункта слова "по какой бы то ни было причине". В то же время в отношении этого добавления были выражены сомнения, поскольку некоторые забастовки могут быть вызваны – полностью или частично – действиями перевозчика или судовладельца, например в случаях, когда владелец отказывает в разумных требованиях экипажа. Было высказано мнение о возможной необходимости проведения в данном подпункте разграничения между общими забастовками и забастовками, которые могут происходить на коммерческом предприятии перевозчика и за которые перевозчик может нести определенную вину.

124. В отношении подпункта (i) перечня "исключенных рисков" было высказано мнение о том, что, хотя этот пункт и не содержится в Гаагских или Гаагско–Висбийских правилах, его включение в проект документа является уместным.

125. Применительно к редакции перечня был поднят ряд конкретных вопросов. Была выражена неуверенность в отношении точного смысла формулировки "задержки работы" в подпункте (d) перечня. Аналогично были выражены сомнения в отношении смысла использования слова "правители" в подпункте (b) с учетом современных политических реалий. Было предложено разъяснить в подпункте (f), что упаковка или маркировка должны быть произведены "грузоотправителем по договору". Кроме того, поддержка была выражена мнению о том, что в подпункте (g) перечня, включенного в проект документа, должно быть четко указано, что скрытые дефекты, о которых идет речь, являются дефектами судна. Другое предложенное разъяснение подпункта (g) сводилось к замене формулировки "которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости" словами "которые нельзя обнаружить при проведении тщательного осмотра", хотя и было отмечено, что содержащиеся в английском тексте слова "due diligence" появились в результате перевода слов "diligence raisonnable" во французском тексте Гаагских правил. Кроме того, было отмечено, что эта же английская формулировка используется и в других местах текста, например в проекте статьи 13, и что ее следует повторить в подпункте (g) в интересах обеспечения последовательности. Было предложено исключить формулировку "грузоотправителем по договору ... или от его имени" в

подпункте (h) как вводящую в заблуждение, поскольку если перевозчик сам занимается обработкой груза, то он должен нести ответственность за любой ущерб. Было также предложено расширить охват подпунктов (a) и (b) за счет включения слов "и все другие события, наступившие не по вине перевозчика".

126. Что касается исключения на основании пожара, которое в настоящее время содержится в главе 6 проекта документа, то было высказано мнение о том, что соответствующая формулировка является нечеткой, поскольку, как представляется, она может привести к выводу, что вина перевозчика должна быть его личной виной. Был задан вопрос о том, является ли это исключение вообще необходимым с учетом других положений, устанавливающих ответственность перевозчика за действия его служащих или агентов. В то же время было высказано мнение о том, что если исключение на основании пожара будет сохранено по традиционным причинам, то это положение следует скорректировать для разъяснения того, что перевозчик также несет ответственность за действия своих служащих или агентов. Кроме того, была высказана точка зрения о том, что наличие исключения на основании пожара несправедливо налагает бремя доказывания на грузополучателя. Эти мнения получили определенную поддержку, однако была выражена другая точка зрения о том, что исключение на основании пожара должно быть сохранено в том же виде, в котором оно устанавливается в Гаагских и Гаагско–Висбийских правилах.

127. Что касается снятия исключения на основе навигационной ошибки, то ряд делегаций согласились с точкой зрения о том, что снятие этого исключения сопряжено с опасностью возможных непреднамеренных последствий, о которой говорилось в пункте 89 выше. Учтя такую возможность, некоторые делегации высказались за восстановление исключения на основании навигационной ошибки, в то время как другие делегации высказались за то, чтобы эта потенциальная проблема была учтена при рассмотрении вопроса о бремени доказывания. Иные мнения, выраженные в поддержку восстановления навигационной ошибки как исключения, сводились, например, к тому, что какое-либо действие впоследствии легко может быть охарактеризовано в качестве ошибки, но часто такая ошибка является ошибкой капитана, вынужденного принимать незамедлительное решение в плохих погодных условиях, а в подобных обстоятельствах ни один судовладелец не будет, как правило, вмешиваться в принятие решений капитаном. Однако возобладала точка зрения о том, что решение об исключении навигационной ошибки в качестве основания для освобождения от ответственности должно оставаться в силе, при том, что последствия этого решения должны быть рассмотрены в рамках будущих обсуждений применительно к бремени доказывания.

128. Рабочей группе было напомнено о том, что некоторые из рисков, перечисленных в Гаагских и Гаагско–Висбийских правилах, были вынесены в отдельную главу 6 проекта документа под названием "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". Рабочая группа согласилась сохранить эти исключения в главе 6 отдельно от главы 14 с тем, чтобы в будущем рассмотреть вопрос о том, в каком месте проекта документа их было бы более целесообразно указать.

129. Рабочая группа согласилась с тем, что в проект документа должен быть включен перечень "исключенных рисков" и что суть и содержание исключений в этом перечне должны основываться на Гаагских и Гаагско–Висбийских правилах, в том числе на статье IV.2.q. Представляется, что в рамках Рабочей группы было отмечено легкое предпочтение характеризации этого перечня в качестве списка презумпций, а не оснований для освобождения от ответственности. Был внесен ряд конкретных рекомендаций в отношении уточнения перечисленных исключений, как это отмечено в пунктах 120–126

выше, и было выражено согласие с тем, что навигационная ошибка не должна быть восстановлена в этом перечне в качестве "исключенного риска".

c) Новый пункт 3 проекта статьи 14

130. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению проекта статьи 14(3), как он содержится во втором пересмотренном варианте статьи 14 (см. пункт 101 выше). Мнения в Рабочей группе относительно двух альтернативных вариантов, предложенных в заключенных в квадратные скобки формулировках во вступительных сроках пункта 3, разделились. Поддержка была высказана мнению о том, что от грузоотправителя по договору или истца должно требоваться только доказывание наличия обстоятельств, упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii), поскольку, как это предполагалось, доказать события, указанные в подпунктах (i), (ii) или (iii), не прибегая к доказыванию причинной связи, должно быть достаточно сложно. Сходная точка зрения состояла в том, что требование к грузоотправителю по договору доказать наличие обстоятельств, указанных в подпунктах (i), (ii) и (iii), является чрезмерно обременительным. Согласно этой точке зрения простого утверждения грузоотправителя по договору о том, что любое из событий, оговоренных в подпунктах (i), (ii) и (iii), имело место, должно быть достаточно для установления или восстановления ответственности перевозчика. Было предложено включить в квадратных скобках слово "утверждает" в качестве альтернативы слову "доказывает" во вступительной формулировке пункта 3. Была выражена также и противоположная точка зрения, состоявшая в том, что от грузоотправителя по договору или истца должно по-прежнему требоваться доказать, что обстоятельства, указанные в подпунктах (i), (ii) и (iii), явились причиной утраты, повреждения или задержки, поскольку, как утверждалось, доказать в дополнение к наступлению самого события также и наличие причинной связи будет не намного более сложно. Было отмечено, что новый пункт 3 следует рассматривать в контексте всего проекта статьи 14. Пункт 1 статьи 14 позволяет истцу доказать факт утраты, повреждения или задержки, не доказывая их причины. Перевозчик может объяснить, что он не должен нести ответственности, доказав отсутствие вины со своей стороны или наличие основания для освобождения от ответственности согласно пункту 2. Если перевозчик таким образом докажет отсутствие вины или наличие исключения, то бремя доказывания немореходного состояния судна и существования причинной связи будет лежать на истце.

131. Между этими двумя крайними точками зрения было высказано третье мнение о том, что полностью разрывать связь между утратой, повреждением или задержкой и обстоятельствами, на которые содержатся ссылки в подпунктах пункта 3, было бы неуместно и что от грузоотправителя по договору или истца должно требоваться доказывание того, что полагаемое немореходное состояние по крайней мере имеет хоть какое-то отношение к причинению ущерба. Было отмечено, что различия во взглядах на этот вопрос могут стать менее острыми, если принять во внимание фактическую процедуру рассмотрения требований, поскольку перевозчик часто будет представлять доказательства относительно мореходности судна и других вопросов, упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii), на раннем этапе производства в попытке доказать, что эти аспекты не имеют отношения к ущербу. Кроме того, было отмечено, что, хотя в проект документа может быть включено требование о доказывании немореходного состояния судна истцом, в нем не будет устанавливаться стандарта доказывания. Такой стандарт доказывания будет регулироваться внутренним законодательством, и выполнить его будет, как правило, нелегко. Далее было отмечено, что увязывание факта причинения ущерба с той или иной причиной является относительно важным вопросом в процессе рассмотрения требования, поскольку, даже если присутствуют обстоятельства, которые позволяют сделать предположение о

немореходном состоянии, перевозчику не требуется гарантировать мореходное состояние судна, а необходимо лишь доказать, что он проявил надлежащую осмотрительность в стремлении поддерживать такое состояние.

132. Затем Рабочая группа пришла к обсуждению проекта статьи 14(3), как он содержится во втором предло-женном пересмотренном варианте статьи 14. Рабочая группа придерживалась мнения, что пункт 3 представляет собой хорошую основу для продолжения работы и что в тексте должны сохраняться два альтернативных подхода для дальнейшего рассмотрения и проведения консультаций до принятия решения по этому вопросу. Рабочая группа просила Секретариат рассмотреть возможность подготовки предложения о третьем альтернативном варианте, отражающем подход, который являлся промежуточным между полным доказыванием связи ущерба с соответствующей причиной и простым утверждением о наличии обстоятельств, оговоренных в подпунктах (i), (ii) или (iii). Было высказано мнение о том, что концепцию "вероятности установления причинной связи" с одним из событий, указанных в подпунктах (i), (ii) или (iii), возможно, потребуется изучить более тщательно. В этой связи в качестве возможной формулировки для третьего альтернативного варианта было предложено использовать примерно следующие слова: "[что утрата, повреждение или задержка могли быть вызваны]".

133. В редакционном плане широкую поддержку получило мнение о том, что при подготовке пересмотренного варианта статьи 14 для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий следует тщательным образом изучить возможность замены слов "грузоотправитель по договору" словом "истец". Было предложено определить понятие "истец" в качестве любого лица, которое согласно статье 63 наделяется правом предъявлять иск.

134. Рабочая группа также приняла к сведению предложение об изменениях структуры пункта 3 примерно следующим образом:

> "3. Перевозчик не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в результате немореходного состояния судна, [как об этом утверждает] [как это доказывает] истец, в той мере, в которой перевозчик докажет, что
>
> a) он выполнил свои обязательства по проявлению надлежащей осмотрительности, как это требуется согласно статье 13(1) [; или
>
> b) утрата, повреждение или задержка не были вызваны каким-либо из фактов, упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii) выше]".

d) Положение проекта статьи 14, касающееся распределения ответственности в случае одновременного наличия нескольких причин причинения ущерба

135. В записке Секретариата содержался следующий текст проекта статьи 14(3):

> "3. Если утрата, повреждение или задержка в сдаче возникает частично в результате события, за которое перевозчик не несет ответственности, и частично в результате события, за которое перевозчик несет ответственность, перевозчик несет ответственность за всю утрату, повреждение или задержку в сдаче, за исключением тех случаев, когда он lдоказывает, что определенная часть утраты вызвана событием, за которое он не несет ответственности**".

** Исключенный текст содержался во втором альтернативном варианте в первом проекте проекта документа. Как отмечается в пункте 56 документа A/CN.9/525, первый вариант получил наибольшую поддержку в Рабочей группе и было решено сохранить только этот вариант в проекте документа для дальнейшего обсуждения на более позднем этапе. Вместе с тем Рабочая группа решила сохранить второй вариант в качестве сноски или в комментариях

136. Во втором предложенном пересмотренном варианте статьи 14 содержался следующий текст соответствующего положения:

> "[4. В случае одновременного воздействия нескольких причин, каждая из которых вызвала часть утраты, повреждения или задержки, суд определяет объем, в котором перевозчик несет ответственность, пропорционально той мере, в которой причина, относимая на счет его вины, способствовала утрате, повреждению или задержке.] [Суд может распределить ответственность на равных основаниях лишь в том случае, если он не способен установить фактические доли или если он установит, что фактические доли распределения являются равными.]"

137. В третьем предложенном пересмотренном варианте статьи 14 содержался следующий текст соответствующего положения:

> "4. В случае, если вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14 бис, способствовала утрате, повреждению или задержке одновременно с другими причинами, за которые перевозчик не несет ответственности, и объем ответственности перевозчика, без ущерба для его права на ограничение ответственности, как это предусматривается в статье 18, определяется [судом] пропорционально той мере, в которой утрата, повреждение или задержка может быть отнесена на счет его вины".

138. Одна делегация представила еще одно редакционное предложение в связи с пунктом 3 статьи 14:

> "3. Когда перевозчик утверждает, что с учетом обстоятельств дела утрата или повреждение груза или задержка в его сдаче могут быть отнесены на счет одной или нескольких причин, упомянутых в пункте 2, это утверждение является презумпцией. Эта презумпция может быть опровергнута, если – и в той мере, в которой – истец докажет, что такая утрата, повреждение или задержка вызваны виной перевозчика [или исполняющей стороны] или что такая вина способствовала их причинению".

139. В порядке разъяснения Рабочей группе было сообщено, что этот проект предложения, с незначительными изменениями, основывается на статье 18(2) Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов 1956 года с поправками, внесенными Протоколом 1978 года ("КДПГ"). Согласно первой части этого текста, если перевозчик сможет утверждать, что одно или несколько из перечисленных событий, произошедших в ходе перевозки, *могли* в обычных обстоятельствах вызвать утрату, повреждение или задержку, то будет устанавливаться презумпция причинной связи между перечисленным событием и утратой. Далее было разъяснено, что целью этого проекта положения является облегчение бремени доказывания перевозчиком причинной связи, поскольку, как

к проекту текста для его дальнейшего рассмотрения на более позднем этапе: (см. A/CN.9/WG.III/WP.32, сноска 79):

"[Если утрата, повреждение или задержка в сдаче возникает частично в результате события, за которое перевозчик не несет ответственности, и частично в результате события, за которое перевозчик несет ответственность, то перевозчик

a) несет ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой сторона, ходатайствующая о возмещении ущерба в связи с утратой, повреждением или задержкой, доказывает, что такой ущерб обусловлен одним или более событиями, за которые перевозчик несет ответственность; и

b) не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой перевозчик докажет, что они обусловлены одним или более событиями, за которые перевозчик не несет ответственности.

Если доказательства, на основании которых может быть установлено общее распределение ответственности, отсутствуют, то перевозчик несет ответственность за половину ущерба в результате утраты, повреждения или задержки в сдаче.]"

утверждалось, перевозчику часто трудно определить причину ущерба и установить причинную связь между ущербом и обстоятельствами, освобождающими от ответственности, особенно в случае, если груз перевозится в контейнере. Далее было разъяснено, что согласно второй части предлагаемого пункта 3 истец наделяется правом опровергнуть эту презумпцию, доказав, что – и в какой мере – вина перевозчика вызвала утрату, повреждение или задержку или способствовала им. Хотя и предполагалось, что этот пункт будет применяться даже в том случае, если вина перевозчика является единственной причиной повреждения груза, было высказано мнение о том, что предлагаемый пункт может играть и более важную роль в обстоятельствах, когда утрата была одновременно вызвана и виной перевозчика, и событием, перечисленным в пункте 2. В порядке разъяснения Рабочей группе было сообщено, что цель нового пункта 3 состоит в том, чтобы предложить альтернативное решение в связи с высказанной обеспокоенностью тем, что исключение возражения на основании навигационной ошибки может привести к непреднамеренным последствиям (см. A/CN.9/WG.III/WP.34, пункт 15).

140. Было высказано мнение, что распределение ответственности в ситуациях, когда имеется несколько причин нанесения ущерба, в проекте документа регулировать не следует. Вместо этого этот вопрос должен быть оставлен на разрешение судами и арбитражными судами на основании применимого права. Возобладало, однако, мнение о том, что в проекте документа следует предпринять попытку охватить вопрос о распределении ответственности. Было указано, что в случаях наличия нескольких причин важно установить общее правило о том, что каждая сторона должна доказать меру причинной связи, особенно с учетом исключения навигационной ошибки из перечня "исключенных рисков". Было указано, что в случаях, когда груз поврежден в море, истцы вполне могут утверждать, что нанесению ущерба способствовали навигационные решения (см. пункты 89–94 выше). Проект документа не должен ставить перевозчика в такое положение, когда он будет нести ответственность за утрату в полном объеме, хотя его вина лишь только способствовала в незначительной доле причинению ущерба. Соответственно было предложено обсудить вопрос о распределении ответственности на основе сноски 79 к тексту проекта статьи 14(3), содержащейся в записке Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32).

141. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что Рабочая группа не поддержала его на своей десятой сессии (см. A/CN.9/525, пункт 56). Было отмечено, что результатом предложенного подхода может стать перенос на грузоотправителя по договору невыносимого бремени доказывания меры причинной связи в ситуациях, когда вина перевозчика, несомненно, способствовала причинению ущерба. Согласно этому подходу предлагалось, чтобы в отсутствие таких доказательств на перевозчика налагалось 50 процентов ответственности, а это было названо несправедливым для сектора судоходства. Была выражена поддержка тексту пункта 3 проекта статьи 14, содержащемуся в записке Секретариата.

142. С целью сближения различных высказанных мнений было предложено избегать в проекте документа наложения на какую–либо из сторон бремени доказывания точной меры причинной связи. Было также высказано предложение о том, чтобы включить в проект документа руководящие указания для судов и арбитражных судов, с тем чтобы некоторые причины ущерба не оставлялись без внимания, например, в результате придания чрезмерной роли доктрине ключевых обязательств. Затем обсуждение сконцентрировалось на пункте 4 третьего предложенного пересмотренного варианта статьи 14. Было высказано мнение, что при обсуждении вопроса о распределении ответственности было бы полезно учитывать различие между несколькими причинами, совместно вызвавшими ущерб, и несколькими причинами, на счет одной из которых может

быть отнесен ущерб. В случае нескольких причин, одновременно вызывающих ущерб, каждое событие является причиной части ущерба, но ни одно из этих событий отдельно не является достаточным для причинения всего ущерба (например, когда ущерб относится на счет плохой упаковки грузоотправителем по договору и ненадлежащего хранения перевозчиком). В случае ущерба, причиненного в результате одной из нескольких причин, суду, возможно, потребуется определить какое–либо событие или вину одной из сторон в качестве причины всего ущерба, независимо от вины другой стороны (например, в случае, когда груз поврежден в результате артиллерийского обстрела судна, возможно, потребуется принять решение о том, следует ли артиллерийский огонь признать единственной причиной ущерба, независимо от возможной вины капитана судна, приведшего его в зону военных действий). Было указано, что во втором случае часто будет применяться доктрина "ключевых обязательств". Было высказано мнение о том, что в проекте статьи 14 регулируется только ситуация, когда речь идет о вине нескольких сторон одновременно, но не вторая ситуация, которая была описана как "коллизия вины нескольких сторон".

143. Был внесен ряд предложений об улучшении формулировки третьего пересмотренного варианта. Предложение, получившее широкую поддержку, состояло в том, чтобы добавить в него в квадратных скобках второе предложение, взятое из второго пересмотренного варианта и гласящее следующее: "[Суд может распределить ответственность на равных основаниях лишь в том случае, если он не способен установить фактические доли или если он установит, что фактические доли распределения являются равными]". Мнение о том, что дальнейшие обсуждения должны основываться именно на этом тексте, получило широкую поддержку. Другое предложение, направленное на учет ситуации, когда ущерб причинен не в результате какой–либо фактической вины, состояло в том, чтобы пересмотреть формулировку этого пункта следующим образом:

> "4. В случае, когда вина перевозчика или какого–либо лица, упомянутого в статье 14 бис, [или событие, иное чем то, на которое ссылается перевозчик,] [способствовала] [способствовали] утрате, повреждению или задержке вместе с одновременным воздействием других причин, за которые перевозчик не несет ответственности, объем ответственности перевозчика без ущерба для его права на ограничение ответственности, как это предусматривается в статье 18, определяется [судом] пропорционально той мере, в которой утрата, повреждение или задержка могут быть отнесены на счет такой вины [или события]".

Рабочая группа приняла это предложение к сведению.

144. После обсуждения к Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный вариант этого положения проекта статьи 14, касающегося одновременной ответственности нескольких сторон, при учете вышеизложенных мнений и предложений.

5. Обязательства перевозчика в отношении морского рейса (проект статьи 13)

145. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 13:

> "Статья 13. Дополнительные обязательства, применимые в отношении морского рейса
>
> 1. Перевозчик обязан до, в начале [и в ходе] морского рейса проявлять надлежащую осмотрительность с целью:
>
> a) обеспечения [и поддержания] мореходности судна;
>
> b) надлежащего укомплектования экипажа, оснащения и обеспечения судна;

c) обеспечения [и поддержания] надлежащего состояния и безопасности трюмов и других частей судна, в котором перевозится груз, включая контейнеры, если они предоставляются перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз, в целях его приемки, перевозки и обеспечения сохранности.

[2. Несмотря на положения статей 10, 11 и 13(1), перевозчик может пожертвовать грузом, если такая жертва приносится разумно в интересах общей безопасности или в целях сохранения другого имущества, являющегося элементом единого предприятия.]"

146. В порядке представления этого вопроса Рабочей группе было напомнено о том, что в доку-менте A/CN.9/WG.III/WP.32 в проект статьи 13 были внесены лишь редакционные изменения. Рабочая группа приступила к рассмотрению проекта статьи 13, начав с пункта 1. Было отмечено, что в тексте этого пункта в трех случаях сохранены квадратные скобки и что в результате снятия квадратных скобок и сохранения текста обязательство перевозчика проявлять надлежащую осмотрительность для обеспечения мореходности судна будет носить бессрочный характер.

147. В рамках Рабочей группы была выражена энергичная поддержка снятию квадратных скобок и сохранению текста, с тем чтобы обязательство перевозчика проявлять надлежащую осмотрительность для обеспечения мореходности судна носило бессрочный характер. Было выражено мнение, согласно которому придание такому обязательству бессрочного характера соответствует цели модернизации правового регулирования морской перевозки грузов, а также положениям Международного кодекса по управлению безопасностью и требованиям безопасных морских перевозок.

148. В проект статьи 13(1) было предложено внести несколько редакционных поправок. Было отмечено, что в отношении обязательств, изложенных в подпунктах (a), (b) и (c), используются различные формулировки, в частности в подпунктах (a) и (c) используются слова "обеспечения [и поддержания]", а в подпункте (b) эти слова отсутствуют. Были высказаны опасения, что результатом этого может быть ошибочное толкование, позволяющее предположить, что содержащееся в подпункте (b) обязательство "надлежащего укомплектования экипажа, оснащения и обеспечения судна" не является бессрочным. В ответ было указано, что в любом случае формулировки "до, в начале [и в ходе] морского рейса" во вводной части проекта статьи 13(1) достаточно для того, чтобы исключить подобную ошибку. Несмотря на выраженное согласие с тем, что данная формулировка во вводной части помогает толковать подпункт (b) как бессрочное обязательство, было высказано мнение о том, что отсутствие слов "и поддержания" в этом подпункте может все же привести к ненадлежащему толкованию. Это мнение получило поддержку. Еще одно предложение редакционного характера заключалось в том, чтобы вместо использованных в подпункте (b) слов "man ... the ship" в тексте на английском языке использовались такие нейтральные с точки зрения мужского и женского рода формулировки, как "crew" или "staff".

149. Определенную поддержку получило мнение о том, чтобы исключить текст в квадратных скобках для обеспечения того, чтобы перевозчик был обязан обеспечивать мореходность судна лишь до и в начале морского рейса. Было отмечено, что это обеспечило бы сохранение подхода, использованного в статье III.1 Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, и было высказано мнение, что до настоящего времени такой подход был достаточно эффективным. Было высказано мнение о том, что придание бессрочного характера обязательству обеспечивать мореходность судна явится чрезмерно тяжелым бременем для перевозчика и существенно изменит общее распределение рисков в проекте документа между перевозчиком и сторонами, заинтересованными в грузе. Было

также выражено мнение о существовании практических проблем в связи с приданием обязательству обеспечивать мореходность судна постоянного характера, поскольку в открытом море любое судно может сталкиваться с трудностями и может оказаться невозможным обеспечить его мореходность до прибытия в порт захода. Было признано, что у перевозчика могут возникать практические проблемы, если обеспечение мореходности является бессрочным обязательством, однако было отмечено, что обязанность обеспечивать мореходность судна связана с проявлением надлежащей осмотрительности и не является абсолютной обязанностью перевозчика, и было выражено мнение о том, что таким образом будет лишь сформулировано обязательство предпринимать разумные действия в ходе морского рейса. Была отмечена предпочтительность применения к перевозчику в ходе морского рейса стандарта небрежности, а не более высокого стандарта должной осмотрительности.

150. Было предложено, чтобы вместо установления бессрочного обязательства Рабочая группа применяла "поэтапную доктрину", которая используется в практике чартер–партий и согласно которой необходимо обеспечивать мореходность судна в начале каждого этапа морского рейса. Это предложение получило определенную поддержку. В то же время было высказано мнение, что подобная "поэтапная доктрина" уже отражена в проекте документа, поскольку перевозчик несет обязательство обеспечивать мореходность судна в начале каждого этапа перевозки груза, а не каждого рейса судна. Эта точка зрения основывалась на том, что, поскольку проект документа применим к договору перевозки грузов, перевозчик обязан проявлять надлежащую осмотрительность в отношении каждого договора перевозки. Было высказано и дополнительное мнение о том, что обязательство перевозчика обеспечивать "надлежащую и тщательную погрузку, обработку, укладку, перевозку, хранение груза, уход за ним и его разгрузку" в проекте статьи 11 позволит в достаточной мере обеспечить ответственность перевозчика на постоянной основе.

151. Несмотря на энергичную поддержку предложения придать бессрочный характер обязательству обеспечивать мореходность судна, было признано, что установление такого постоянно действующего обязательства может быть истолковано как существенно меняющее распределение рисков в проекте документа. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что если обеспечение мореходности будет являться бессрочным обязательством, то следует попытаться скорректировать этот баланс в том, что касается перевозчика, в процессе рассмотрения Рабочей группой других статей, относящихся к правам и интересам перевозчика. Одно из предложений заключалось в том, чтобы такое изменение распределения рисков для перевозчика учитывалось при обсуждении Рабочей группой проекта статьи 14(3) о распределении ответственности в случаях множественной причинной обусловленности ущерба. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что сохранение действия обязательства поддерживать мореходное состояние после отправки судна в рейс может быть истолковано как сохранение необходимости проявлять надлежащую осмотрительность высокой степени и в тех случаях, когда могут быть использованы услуги береговых специалистов. Было высказано мнение о том, что надлежащая степень проявления заботливости в море может быть обеспечена за счет исключения возражений на основании навигационной ошибки и ошибки в управлении.

152. Были поставлены вопросы относительно обязательства перевозчика в отношении контейнеров, которое упоминается в проекте статьи 13(1)(c), и относительно того, предполагается ли охватить проектом документа договоры, согласно которым перевозчик сдает в аренду или предоставляет контейнеры. Было высказано мнение, что проект документа призван применяться лишь к договорам перевозки, а не к отдельным договорам аренды контейнеров. Было высказано и противоположное мнение, согласно которому проект документа

должен применяться не только к договору перевозки, но и к смежным договорам, в частности договорам, которые могут заключаться в целях исполнения договора перевозки. Было высказано мнение о том, что, безотносительно к позиции по вопросу о том, охватывает ли проект документа подобные договоры, связанные с договором перевозки, использованный в проекте статьи 13(1)(c) подход соответствует занимаемой большинством судов позиции, согласно которой в тех случаях, когда контейнеры предоставляются перевозчиком, они должны рассматриваться как часть трюма судна, и к таким контейнерам после их погрузки на борт судна должно применяться такое же обязательство, как и то, которое перевозчик несет в отношении судна и заботы о трюмах. Было также отмечено, что такой подход соответствует определению "груза" в проекте статьи 1(j), включающему любые контейнеры, "которые не предоставляются перевозчиком или исполняющей стороной или от их имени".

153. После обсуждения Рабочая группа решила, что обязанность перевозчика проявлять надлежащую осмотрительность в отношении обеспечения мореходности судна должно носить бессрочный характер и что поэтому следует снять все квадратные скобки в проекте статьи 13(1), сохранив заключенный в них текст. Рабочая группа также просила Секретариат внести необходимые изменения в подпункт (b) для обеспечения того, чтобы такое обязательство понималось как носящее постоянный характер. Было также достигнуто согласие в отношении того, что придание такому обязательству бессрочного характера затрагивает баланс распределения рисков между перевозчиком и сторонами, заинтересованными в грузе, в проекте документа и что Рабочей группе следует учитывать этот момент при рассмотрении остальной части документа.

154. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению проекта статьи 13(2) проекта документа, согласно которому перевозчик может пожертвовать грузом в интересах общей безопасности или в целях сохранения другого имущества. Было поддержано мнение о том, что это положение должно быть сохранено в его нынешнем виде в том месте, в котором оно изложено в проекте документа, и что следует снять квадратные скобки вокруг этого пункта. Было высказано мнение, что в этом положении содержится необходимое исключение из общей обязанности перевозчика проявлять заботу, которое давно получило признание и является общепринятым. Далее было высказано мнение, что в этом положении содержатся достаточные гарантии для сторон, заинтересованных в грузе, поскольку любое решение о принесении груза в жертву должно приниматься разумно в интересах общей безопасности или в целях сохранения имущества. Было также выражено мнение, согласно которому включение этого положения может способствовать исправлению дисбаланса в распределении рисков, обусловленного бессрочным характером обязательства обеспечивать мореходность судна, которое изложено в проекте статьи 13(1). Было предложено уточнить формулировку проекта статьи 13(2), включив в него также ссылку на защиту человеческих жизней, а еще одно предложенное уточнение предполагало включить конкретную ссылку на неизбежную опасность.

155. Поддержку также получило мнение о необходимости исключить проект статьи 13(2) в целом. Было отмечено, что это положение заметно отличается от статьи IV.6 Гаагских и Гаагско–Висбийских правил в отношении распоряжения опасными грузами и что его следует исключить. Было также высказано мнение, что принесение груза в жертву уже должным образом охвачено положениями об общей аварии в статье 17 проекта документа, а также общей обязанностью перевозчика проявлять заботу.

156. Была высказана озабоченность в отношении взаимосвязи между проектом статьи 13(2) и положениями об общей аварии в статье 17 проекта документа, в частности потому, что в проекте статьи 13(2) не упоминается о защите судна или груза от неизбежной опасности, что представляет собой существенный элемент

общей аварии. Получило поддержку предложение о том, что в случае сохранения проекта статьи 13(2) его следует перенести в главу, касающуюся общей аварии, приняв при этом меры к тому, чтобы не наносить ущерба нормам, касающимся общей аварии, и не изменять их. Дополнительную поддержку получило мнение о необходимости сохранения проекта статьи 13(2) в квадратных скобках.

157. С учетом уровня выраженной поддержки этой нормы Рабочая группа решила сохранить проект статьи 13(2) в квадратных скобках в его нынешнем месте в целях рассмотрения на более позднем этапе вопроса о целесообразности его перенесения в главу 17, касающуюся общей аварии. Секретариату было также предложено подготовить редакционные предложения для включения в это правило ссылки на защиту жизни людей и на существование неизбежной опасности.

6. Ответственность исполняющих сторон (проект статьи 15)

158. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 15:

"1. [*Вариант A пункта 1*]

Исполняющая сторона несет обязательства и ответственность, возлагаемые на перевозчика в соответствии с настоящим документом, и пользуется правами и иммунитетами перевозчика, предусмотренными в настоящем документе, a) на протяжении периода, в течение которого груз находится на ее попечении; и b) в любой другой момент в той степени, в какой она участвует в осуществлении любых мероприятий, предусмотренных договором перевозки.

[*Вариант B пункта 1*]

Исполняющая сторона несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место:

a) на протяжении периода, в течение которого груз находился на ее попечении; или

b) в любой другой момент в той степени, в какой она участвует в осуществлении любых мероприятий, предусмотренных договором перевозки, если утрата, повреждение или задержка произошли в период осуществления таких мероприятий.

Обязательства и ответственность, возлагаемые на перевозчика в соответствии с настоящим документом, и права и иммунитеты перевозчика, предусмотренные в настоящем документе, применяются в отношении исполняющих сторон.

2. Если перевозчик соглашается взять на себя какие-либо другие обязательства помимо обязательств, возлагаемых на перевозчиков в соответствии с настоящим документом, или соглашается, что его ответственность за задержку в сдаче, утрату или повреждение груза или в связи с грузом превысит пределы, установленные в соответствии со статьями 16(2), 24(4) и 18, исполняющая сторона не несет обязательств в соответствии с таким соглашением, если исполняющая сторона прямо не соглашается взять на себя такие обязательства или такие пределы ответственности.

3. С учетом положений пункта 5 перевозчик несет ответственность за действия и бездействие

a) любой исполняющей стороны и

b) любого другого лица, включая субподрядчиков и агентов исполняющей стороны, которое исполняет или обязуется исполнить любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, в той степени, в какой это лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под наблюдением или контролем перевозчика, как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием перевозчика. Перевозчик несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие исполняющей стороны или другого лица относятся к сфере его договора, служебных обязанностей или агентских функций.

4. С учетом положений пункта 5 исполняющая сторона несет ответственность за действия или бездействие любого лица, которому она делегировала исполнение любой обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, включая ее субподрядчиков, служащих или агентов, как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием исполняющей стороны. Исполняющая сторона несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие соответствующего лица относятся к сфере ее договора, служебных обязанностей или агентских функций

5. Если какому-либо лицу, помимо перевозчика, упомянутому в пунктах 3 и 4, предъявляется иск, такое лицо имеет право воспользоваться средствами правовой защиты и ограничениями ответственности, которыми может воспользоваться перевозчик в соответствии с настоящим документом, если оно докажет, что оно действовало в пределах своего договора, служебных обязанностей или агентских функций.

6. Если ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза несут несколько лиц, их ответственность является солидарной, но только в пределах, предусмотренных в статьях 16, 24 и 18.

7. Без ущерба для положений статьи 19 совокупная ответственность всех таких лиц не превышает общих пределов ответственности в соответствии с настоящим документом".

a) Общая дискуссия

159. Рабочей группе было напомнено о дискуссии в связи с определением "морской исполняющей стороны" (см. пункты 23–33 выше). В целом Рабочая группа согласилась с предложением ограничить сферу применения проекта статьи 15 такими "морскими исполняющими сторонами". Последствия такого ограничения будут заключаться в том, что ответственность неморских исполняющих сторон будет охватываться положениями внутреннего и международного права, применимыми вне рамок проекта документа. В этом контексте была также достигнута договоренность скорректировать название проекта статьи с учетом такого решения. В то же время, по общему мнению Рабочей группы, может потребоваться изучить общий принцип в отношении сферы охвата проекта статьи 15 применительно к каждому отдельному пункту этого проекта статьи. Было высказано мнение о необходимости распространить сферу применения пункта 3, в частности, на все исполняющие стороны, не ограничиваясь "морскими исполняющими сторонами" (продолжение обсуждения этого вопроса см. пункт 166 ниже).

160. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в случаях, когда перевозчик по договору несет ответственность в соответствии с проектом документа, а неморская исполняющая сторона будет нести ответственность в соответствии с иным правовым режимом, истец может потребовать возмещения

в соответствии с обоими режимами. Было высказано мнение о том, что правило об объединении требований должно применяться ко всем исполняющим сторонам. В ответ было указано, что применимое право вне рамок проекта документа, как правило, обеспечит механизмы, исключающие возможность двойного возмещения.

b) Пункт 1

161. Рабочая группа подтвердила свое понимание того, что проект документа в принципе не должен касаться неморских исполняющих сторон и что сфера охвата пункта 1 должна ограничиваться морскими исполняющими сторонами.

162. Широкую поддержку получил вариант A. Было высказано мнение о том, что имеющийся текст можно улучшить, включив в него до текста подпункта (a) в варианте A слова "если произошло событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку". Рабочая группа расценила это предложение как приемлемое. Второе предложение заключалось в том, чтобы перед этими предложенными для включения словами включить формулировку примерно следующего содержания: "в той степени, в какой она установлена истцом". В ответ было указано, что цель пункта 1 заключается не в том, чтобы конкретно рассматривать бремя доказывания, а в том, чтобы поставить морскую исполняющую сторону в одинаковое положение с заключившим договор перевозчиком, включая нормы, применимые к такому заключившему договор перевозчику в отношении бремени доказывания. Второе предложение не было принято Рабочей группой.

c) Пункт 2

163. Рабочая группа в целом согласилась с содержанием данного пункта. Она также согласилась с мнением о том, что сферу охвата пункта 2 следует ограничить морскими исполняющими сторонами. В ответ на предложение заменить слово "превысит" словами "будет иной", с тем чтобы стороны могли договориться о более низком пределе ответственности, было отмечено, что заключивший договор перевозчик не должен иметь возможность заключить договор с грузоотправителем в ущерб интересам исполняющей стороны (или любой иной третьей стороны). Было признано, что ответственность исполняющей стороны может быть снижена по договоренности, но не в результате договора, стороной которого она не является. Это предложение было снято авторами.

164. Было внесено еще одно предложение заменить слова "если исполняющая сторона прямо не соглашается взять на себя такие обязательства или такие пределы ответственности" словами "кроме как если исполняющей стороне известно о таких обязательствах или таких пределах ответственности". Возражения против этого предложения основывались на том, что никакой договор не должен возлагать какие–либо обязательства на третью сторону, если последняя по меньшей мере не согласилась нести такие обязательства. Простая осведомленность третьей стороны о договоре не должна служить основанием для связывания такой третьей стороны его положениями.

165. Было внесено еще одно предложение, имеющее своей целью ограничить ссылку на проект статьи 18. Было указано, что, хотя ссылка на пункты 1, 3 и 4 проекта статьи 18 является приемлемой, на пункт 2 статьи 18 ссылаться не следует, поскольку исполняющая сторона не несет ответственности в случае нелокализованного ущерба. Рабочая группа приняла к сведению это предложение и решила, что ей, возможно, потребуется провести дальнейшее обсуждение этого вопроса после принятия решения относительно включения пункта 2 проекта статьи 18 в проект документа.

d) Пункт 3

166. Было достигнуто общее согласие с тем, что ввиду решения о том, что заключивший договор перевозчик не должен нести ответственность согласно проекту документа за всех своих субподрядчиков, агентов или служащих, пункт 3 должен применяться как к морским, так и неморским исполняющим сторонам, а также, возможно, к лицам, которые могут не подпадать под определение "исполняющей стороны". Внимание Рабочей группы было обращено на тот факт, что определение "исполняющей стороны" (см. пункты 34–42 выше) уже охватывает всех субподрядчиков исполняющей стороны.

167. Был поставлен вопрос о месте включения пункта 3 в проект документа. Несмотря на поддержку сохранения пункта 3 в проекте статьи 15 с учетом тесной связи между различными пунктами этого проекта статьи, преобладающее мнение заключалось в том, что положение, касающееся ответственности перевозчика, не вполне уместно в статье, посвященной ответственности морских исполняющих сторон. Было решено изложить пункт 3 в качестве отдельной статьи, которой в предварительном порядке будет присвоен номер 14 бис.

168. В отношении содержания пункта 3 были высказаны различные предложения. Одно из них состояло в том, что оно должно отражать содержание пункта 4. В этой связи было отмечено, что в подпункт (b) следует включить прямую ссылку на "служащих" заключившего договор перевозчика, поскольку ссылка на "любое другое лицо" является недостаточно ясной, а ссылка на сферу "служебных обязанностей" такого лица уже включена во второе предложение этого подпункта. Рабочая группа приняла это предложение. В качестве редакционного замечания было отмечено, что, по–видимому, потребуется дополнительно обсудить возможность отдельного рассмотрения вопроса о служащих (за которых заключивший договор перевозчик должен нести широкую ответственность) и о субподрядчиках (в отношении которых ответственность заключившего договор перевозчика может быть несколько более узкой).

169. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы заменить слова "которое исполняет или обязуется исполнить" словами "которое физически исполняет или обязуется исполнить". Возражения против этого предложения основывались на том, что заключивший договор перевозчик ни в коем случае не должен иметь возможность делегировать ответственность вне зависимости от того, делегирует ли он физическое исполнение или иной вид исполнения.

170. Было указано, что слова "с учетом положений пункта 5" могут быть неточными, поскольку в пункте 3 речь идет об исках, предъявляемых перевозчику, а в пункте 5 речь идет об исках, предъявляемых любому лицу помимо перевозчика. Соответственно было предложено заменить слова "с учетом положений пункта 5" формулировкой "с учетом ответственности и пределов ответственности, которыми может воспользоваться перевозчик". Хотя это предложение получило поддержку, Рабочая группа решила сохранить ссылку на пункт 5 с учетом дальнейшего обсуждения этого вопроса на более позднем этапе.

e) Пункт 4

171. В соответствии с предложением, внесенным в контексте обсуждения пункта 3, было высказано мнение о том, что положение служащих в соответствии с пунктом 4 может рассматриваться иным образом, чем положение субподрядчиков. Например, было указано, что понятие "делегирования" исполнения, возможно, уместно в отношении субподрядчика, однако представляется слишком узким для регулирования положения служащих, которое целесообразнее охватить формулировкой примерно следующего содержания: "исполняющая сторона несет ответственность за действия или

бездействие своих служащих при условии, что они действуют в пределах своих служебных обязанностей". Был приведен еще один пример в поддержку мнения о том, что в тексте пункта 4 не должна идти речь о возможности делегирования субподрядчиком "любых" обязательств перевозчика, поскольку субподрядчик может делегировать лишь те обязательства перевозчика, которые субподрядчик взял на себя.

172. Рабочая группа подтвердила принятое ею ранее решение о том, что структура пункта 4 должна отражать структуру пункта 3. В этой связи был поставлен вопрос о целесообразности расширения сферы применения пункта 4 на охват как морских, так и неморских исполняющих сторон. После обсуждения было вновь отмечено, что в положении, которое заменит пункт 3 в качестве отдельной статьи, должна быть установлена ответственность заключившего договор перевозчика также и в отношении субподрядчиков и служащих его субподрядчиков. Такое положение призвано установить общую ответственность заключившего договор перевозчика в отношении всех возможных агентов или субподрядчиков, которых он может привлечь. В то же время, поскольку пункт 4 касается служащих и субподрядчиков с точки зрения морской исполняющей стороны, а не с точки зрения заключившего договор перевозчика, нет необходимости распространять сферу охвата пункта 4 на неморские исполняющие стороны. Хотя Рабочая группа в целом достигла согласия в отношении различий в сфере охвата между пунктами 3 и 4, неоднократно высказывалось мнение о том, что морские субподрядчики, о которых идет речь в пункте 4, должны тем не менее нести ответственность за всех своих субподрядчиков, будь то морских или неморских. Было также вновь высказано мнение, что в пункте 4 должна быть отражена общая норма, содержащаяся в пункте 3, поскольку согласно обоим положениям заключивший договор перевозчик и морская исполняющая сторона ставятся в аналогичное положение по отношению к своим морским и неморским субподрядчикам. Было отмечено, что эти мнения противоречат общему принципу, согласно которому режим неморских исполняющих сторон как таковых не должен регулироваться проектом документа. Рабочая группа приняла к сведению эти мнения с целью продолжить обсуждение на одной из последующих сессий.

f) Пункт 5

173. Было предложено исключить ссылку на пункт 3, с тем чтобы избежать любого толкования, распространяющего защиту на основе "Гималайской оговорки" на неморские исполняющие стороны. Рабочая группа в целом одобрила предполагаемый результат этого предложения, однако было отмечено, что исключение ссылки на лиц, упомянутых в пункте 3, лишит служащих и агентов перевозчика возможности использовать преимущества "Гималайской оговорки". Согласно пересмотренному предложению в пункте 5, возможно, потребуется конкретно перечислить тех упомянутых в пункте 3 лиц, на которых должно распространяться действие такой оговорки. В контексте этой дискуссии было высказано мнение о том, что, поскольку исторически "Гималайская оговорка" была принята для защиты служащих, сферу охвата пункта 5 следует ограничить такими служащими перевозчика, исключив из нее субподрядчиков или агентов перевозчика. Было также выражено мнение, что действие "Гималайской оговорки" должно распространяться лишь на те стороны, которые несут ответственность в соответствии с проектом документа. Было выдвинуто альтернативное предложение ограничить сферу применения пункта 5 служащими заключившего договор перевозчика или морской исполняющей стороны, если они доказали, что действовали в пределах своих служебных обязанностей.

174. В ответ на эти предложения было указано, что явный отход от толкования Гаагских и Гаагско–Висбийских правил может отрицательно сказаться на

приемлемости проекта документа. Было также отмечено, что определение "исполняющей стороны" охватывает лишь тех лиц, которые "физически" обрабатывают груз. Следовательно, лоцманы, инспекторы груза и другие лица, которые могут оказывать помощь перевозчику, не будут пользоваться защитой, обеспечиваемой "Гималайской оговоркой". В отношении использования соответствующей формулировки в проекте документа было предложено распространить защиту, обеспечиваемую пунктом 5, по меньшей мере на "служащих или агентов заключившего договор перевозчика или морской исполняющей стороны". Альтернативное предложение заключалось в том, чтобы добавить такую формулировку, которая распространяла бы подобную защиту на все стороны, участвующие в морских операциях, включая независимых субподрядчиков.

175. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о том, что, в качестве альтернативы существующему тексту пункта 5, слова "служащие или агенты заключившего договор перевозчика или морской исполняющей стороны" должны быть заключены в квадратные скобки для продолжения обсуждения этого вопроса на одной из последующих сессий. Секретариату было предложено рассмотреть возможность представления дополнительного варианта, ограничивающего применение пункта 5 морской сферой.

176. В качестве замечания редакционного характера было предложено заменить слово "иск", которое может быть неправильно истолковано, словами "любой иск в соответствии с настоящим документом". Рабочая группа приняла к сведению это предложение.

g) Пункт 6

177. Была выражена озабоченность в связи с переводом юридического понятия "joint and several liability" на английском языке на некоторые официальные языки. Было отмечено, что, например, на испанском и французском языках следует использовать, соответственно, термины "responsabilidad solidaria" и "responsabitité solidaire". Рабочая группа просила Секретариат обеспечить последовательное использование этого понятия на всех официальных языках. Было предложено дать в проекте документа определение "солидарной ответственности". В то же время было выражено общее мнение, согласно которому подобное определение будет, возможно, излишним, поскольку аналогичные концепции существуют в различных правовых системах. Кроме того, было высказано мнение о том, что положения пункта 6 не должны препятствовать сторонам, несущим ответственность, возбуждать встречные иски.

178. В отношении содержания пункта 6 был задан вопрос о том, каким образом ссылка на "пределы, предусмотренные в статьях 16, 24 и 18", будет увязываться с действием упомянутых в проекте статьи 8 международных конвенций, положения которых, возможно, будут применимыми до или после морского этапа перевозки. В ответ было отмечено, что проект статьи 8 не будет применяться в отношении морских исполняющих сторон. Кроме того, хотя проект статьи 8, возможно, применим в отношении неморских исполняющих сторон, как представляется, нет ни одного примера какой–либо конкретной ситуации, в которой истец имел бы возможность по своему выбору предъявить иск заключившему договор перевозчику или неморской исполняющей стороне, на которую может распространяться действие положений статьи 8. Было указано, что теоретически существует возможность предъявления параллельных исков лишь в рамках претензий к заключившему договор перевозчику и морской исполняющей стороне, на которых будут распространяться морские пределы ответственности.

179. Была высказана обеспокоенность в отношении действия пределов ответственности. В ситуации, когда ответственность несут две стороны, а пределы ответственности не применяются в отношении лишь одной из них, теория солидарной ответственности будет применяться в отношении одной из сторон с учетом установленного предела, а другая сторона должна нести ответственность и в превышение этого предела. В ответ на эту обеспокоенность и с тем, чтобы пояснить, что пункт 6 должен применяться только в отношении морских исполняющих сторон, было предложено упростить текст пункта 6 следующим образом: "Заключивший договор перевозчик и морская исполняющая сторона несут солидарную ответственность". Было выражено мнение о необходимости дальнейшего обсуждения этого вопроса в контексте пункта 7.

180. После обсуждения Рабочая группа пришла к мнению о необходимости ограничить сферу применения пункта 6 морскими исполняющими сторонами.

181. Из-за отсутствия достаточного времени Рабочая группа не обсудила пункт 7 проекта статьи 15.

IV. Другие вопросы

182. Рабочая группа отметила, что ее тринадцатую сессию намечено провести в Нью–Йорке с 3 по 14 мая 2004 года. Рабочая группа с удовлетворением приняла к сведению принятое Комиссией на ее тридцать шестой сессии решение о том, чтобы предоставить Рабочей группе возможность провести двухнедельную сессию для продолжения своей работы (см. A/58/17, пункт 275).

183. Рабочая группа приняла к сведению инициативу ряда делегаций по организации семинара по вопросам свободы договора в рамках полностью или частично морской международной перевозки грузов "от двери до двери" до проведения тринадцатой сессии Рабочей группы. К Секретариату была обращена просьба изучить возможность выступить одним из спонсоров этого семинара.

B. Подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: добавление к подборке ответов на вопросник о перевозке "от двери до двери" и дополнительные замечания государств и международных организаций относительно сферы применения проекта документа: рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) [Подлинный текст на английском/испанском языках]

СОДЕРЖАНИЕ

Введение

I. Ответы на вопросник, полученные от неправительственных организаций

Иберо–американский институт морского права

II. Дополнительные заявления и предложения, полученные от неправительственных организаций в связи с подготовкой проекта документа

1. Международная ассоциация смешанных перевозок (МАСП)

2. Международный союз морского страхования (МСОМС)

Приложение. Вопросник

Введение

1. В январе 2003 года был издан документ, озаглавленный "Подборка ответов на вопросник о перевозке "от двери до двери" и дополнительные замечания государств и международных организаций относительно сферы применения проекта документа" (A/CN.9/WG.III/WP.28). Этот документ содержал ответы на вопросник, распространенный среди заинтересованных неправительственных и межправительственных организаций, а также среди государств в августе 2002 года, и был предназначен для сбора информации относительно практики контейнерных перевозок и использования перевозчиками договоров "от двери до двери". В этот документ были также включены дополнительные заявления и предложения, представленные Секретариату в связи с подготовкой проекта документа. Настоящий документ содержит ответы и заявления, полученные Секретариатом после даты публикации первоначальной подборки. Текст вопросника вновь воспроизводится в приложении к настоящей записке.

2. Ответы на вопросник, полученные от неправительственных организаций, приводятся в разделе I ниже.

3. Дополнительные заявления и предложения, представленные Секретариату неправительственными организациями в связи с подготовкой проекта документа, воспроизводятся в разделе II ниже.

4. Ответы, замечания и предложения, упомянутые в пунктах 2–3 выше, излагаются в той форме, в которой они были получены Секретариатом.

I. Ответы на вопросник, полученные от неправительственных организаций

Иберо–американский институт морского права

[Подлинный текст на испанском языке]

1 и 2. Разработка унифицированной схемы ответственности в отношении перевозок "от двери до двери", охватывающих морской этап, несомненно, оказалась бы полезной для всех участников международных перевозок. Основной вопрос заключается в том, на чем будут основываться такие унифицированные правила и в какой степени они могут быть включены в национальные и региональные правовые системы, содержащие нормы, касающиеся различных видов транспорта, которые в некоторых случаях являются нормами публичного порядка. В качестве примера мы могли бы упомянуть решения 331 и 393 Картахенского соглашения, а также Соглашение о международных смешанных перевозках между государствами – участниками МЕРКОСУР.

В связи с рассматриваемым проектом документа возникает вопрос о применении определенного *конкретного* режима смешанных перевозок, которые уже регулируются в общем плане Конвенцией Организации Объединенных Наций о международных смешанных перевозках грузов.

В связи с таким "конкретным" режимом ответственности могут возникнуть проблемы, если он будет отличаться от того подхода, который применяется в Конвенции 1980 года. Особые проблемы будут возникать в том случае, если система ответственности будет отличаться от Гамбургских правил, которые действуют в настоящее время и являются источником Конвенции о смешанных перевозках 1980 года.

3. Предложение уподобить наземные перевозки морскому транспорту вступает в противоречие с тем фактом, что практика и применимые процедуры отличаются практически во всех странах. Это является следствием признания того, что морские перевозки имеют особый характер и подвержены особым рискам, в частности так называемым "морским рискам". Признание этого факта уже давно явилось причиной реализации необходимости ограничения ответственности и признания концепции "несчастных случаев на море". Положения, касающиеся освобождения от ответственности и ограничения ответственности, содержащиеся в Гаагско–Висбийских правилах, как представляется, уже не соответствуют *потребностям отрасли*, как это было более полувека тому назад. Новая тенденция в соответствии с так называемым "правом возмещения ущерба" состоит в том, чтобы отдавать предпочтение объективной ответственности и полному возмещению за причиненный ущерб. Такие новые концепции необходимо принимать во внимание, особенно в тех случаях, когда они применяются в отношении перевозки грузов наземными видами транспорта во многих странах.

4. Стремление разработать упомянутую выше унифицированную систему вступает в противоречие с различными онтологическими и правовыми реалиями, касающимися стивидоров, наземных перевозчиков, складов, терминалов и т.д. Различия возникают, в частности, в связи с системами ответственности, основаниями для освобождения от ответственности, ограничением ответственности и сроками исковой давности.

5. В случае смешанных перевозок можно допустить возможность возбуждения пострадавшей стороной производства против ответственной стороны (локализованный ущерб) или любой стороны, участвующей в последовательной цепи перевозки, исходя из концепции солидарной ответственности, без ущерба для права ответчика взыскать любую сумму,

выплаченную в качестве возмещения, с той стороны, которая фактически несет ответственность за ущерб.

Доводом в пользу такого принципа является наличие общей индивидуальной заинтересованности оператора смешанной перевозки (ОСП) и последующих перевозчиков, а также совокупной заинтересованности всех таких сторон, наряду с концепцией смешанной перевозки, основанной на исходном, невидимом коллективном договоре с целым рядом сторон, на которые возлагаются обязательства и которые несут солидарную ответственность за завершение операций по перевозке груза; формализация договорных взаимоотношений осуществляется не сразу, а постепенно по мере того, как каждый перевозчик присоединяется к договору в момент получения груза. Совместная ответственность обусловлена наличием коллективного общего интереса, особенно поскольку стороны несут солидарную ответственность по коммерческим вопросам. Такой принцип является тем более оправданным с учетом невыгодности положения грузоотправителя по договору в тех случаях, когда необходимо определить, кто несет ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза. Такая проблема постоянно возникает при перевозке грузов, объединенных в контейнеры.

6. Этот вопрос касается применения конвенции, охватывающей дорожные перевозки, такой, как Конвенция о международной дорожной перевозке грузов, которая применяется в Европе и не затрагивает страны Латинской Америки. Поэтому отвечать на этот вопрос должны те страны, которые применяют соответствующий режим и выработали общие решения в отношении наземного транспорта в региональном контексте. Чисто теоретически можно предположить, что не должно существовать никаких различий в системах ответственности, применимых к морским и наземным перевозкам, при условии, что соответствующая унифицированная система будет содержать единые квалификационные требования, касающиеся гарантийных обязательств, принимаемых ОСП в отношении грузоотправителя по договору.

7. В дополнение к предыдущему ответу можно указать, что единообразный режим ответственности может иметь определенные преимущества, поскольку он будет способствовать повышению правовой определенности. Некоторые авторы указывают также на экономический фактор, связанный с транспортными издержками. Тем не менее эти вопросы нуждаются в более подробном рассмотрении.

8. Различия в системах ответственности для различных видов транспорта, используемых в рамках договора перевозки "от двери до двери", порождают a) неопределенность в отношении юридических процедур, связанных с поврежденным грузом и в отношении условий гарантирования прав истца; b) различия в суммах возмещения (полное или ограниченное); c) различия в "бремени доказывания" в зависимости от вида транспорта или места, в котором произошло повреждение; d) неопределенность при предъявлении иска, когда место или причина повреждения в рамках последовательной цепи перевозки неизвестны; e) возможную ответственность экспедитора, если грузоотправитель не является стороной договора перевозки. В такой ситуации необходимо также рассмотреть случай, когда грузы различных грузоотправителей объединяются одним экспедитором и в отношении таких грузов выдается единый транспортный документ.

9. Возможность предъявлять иски непосредственно сторонам, ответственным за повреждение, если речь идет о субподрядчиках, соответствует принципу солидарной ответственности, который рассматривался выше (ответ 5).

10. Замечания по проекту документа представлялись на сессиях Рабочей группы. Эти замечания по-прежнему имеют силу. Вклад составителей документа

с научной точки зрения является весьма ценным и существенным, если не учитывать вопрос о надлежащей сфере применения документа; в связи с этим предлагается, чтобы в проекте документа устанавливался режим перевозок "от порта до порта". Установление "конкретного" режима для смешанных перевозок (охватывающих морской этап) не согласовывается с наличием общего режима для смешанных перевозок. С другой стороны, был достигнут существенный прогресс в разработке унифицированных положений по определенным аспектам, которые не охвачены в ранее согласованных сводах норм, касающихся перевозки грузов (например, в отношении электронных записей, исполняющих сторон, права распоряжаться грузом и т.д.).

В целом, как представляется, на текущем этапе разработки универсального законодательства (включая региональные правовые рамки для Латинской Америки) с учетом различий в системах ответственности для наземных перевозчиков, включая ответственность терминалов, распространение положений, регулирующих ответственность перевозчиков в соответствии с морским правом, не представляется своевременным или желательным.

II. Дополнительные заявления и предложения, полученные от неправительственных организаций в связи с подготовкой проекта документа

1. Международная ассоциация смешанных перевозок (МАСП)

[Подлинный текст на английском языке]

МАСП придерживается мнения о том, что существующие режимы ответственности в области перевозок являются устаревшими, крайне разрозненными и дорогостоящими для своих пользователей и что весьма желательно разработать более совершенную систему.

Новый глобальный подход, который позволил бы охватить все виды транспорта на единой основе, является весьма желательным. Если бы удалось распространить на все виды транспорта единый глобальный режим, то такой подход могли бы поддержать многие пользователи и поставщики транспортных услуг. Поэтому МАСП считает такую цель обоснованной.

Если окажется, что такой подход к модернизации режимов в области перевозок является чрезмерно радикальным, то в качестве альтернативного решения можно было бы провести работу по обеспечению согласованности по меньшей мере в области передвижения грузов "от двери до двери" независимо от используемых отдельных видов транспорта. Тем не менее соответствующий документ не должен представлять собой морскую конвенцию, действие которой будет распространено за пределы портов, а должен являться поистине документом о смешанных перевозках. Если этого не будет обеспечено, то все усилия окажутся безуспешными. Необходимо, например, в полном объеме принять во внимание проблемы железнодорожного транспорта.

МАСП уверена в том, что разработка любого такого нового режима ответственности "от двери до двери" должна осуществляться с участием представителей всех заинтересованных видов транспорта и пользователей. Любая работа, проводимая без полного участия всех таких сторон, позволит подготовить лишь очередной документ, который не будет действовать и который не позволит исправить существующее в настоящее время неудовлетворительное положение.

Любой такой новый международный режим ответственности может оказаться эффективным только в том случае, если он будет обеспечивать явные преимущества по сравнению с существующими правовыми рамками. Любые

меры, которые будут предусматривать промежуточные решения, могут привести только к дальнейшему усложнению положения, не обеспечивая никаких преимуществ.

Любой новый документ должен содержать хорошо известные формулировки, с тем чтобы он сразу же оказался понятным для судов по делам, связанным с транспортным правом. Это означает необходимость заимствовать в максимальной возможной степени формулировки из существующих транспортных конвенций. Если возникнет желание изменить какие-либо формулировки, используемые в конвенциях, которые были приняты в начале XX века, то составителям документа следует руководствоваться теми конвенциями, которые были разработаны во второй половине XX века. Можно также воспользоваться проектом текста закона США о морской перевозке грузов. В связи с этим составителям текста необходимо проявить особую осмотрительность, с тем чтобы текст был ясным и не порождал путаницы.

Существующий проект текста охватывает вопросы, которые не рассматривались в действующих конвенциях, и поэтому Рабочей группе следует проявлять особую осмотрительность при оценке преимуществ включения таких вопросов в новый документ.

2. Международный союз морского страхования (МСОМС)

[Подлинный текст на английском языке]

Международный союз морского страхования (МСОМС) основан в 1874 году. Союз представляет 53 национальные ассоциации морского страхования из различных стран мира. Члены МСОМС контролируют 80 процентов мирового рынка морского страхования, что соответствует общему объему страховых премий в размере 10,5 млрд. долл. США (2001 год).

Являясь международной организацией, которая представляет как страховщиков перевозчиков, так и страховщиков владельцев грузов, МСОМС выступает за разработку современного унифицированного договора по морской перевозке грузов, предусматривающего справедливый, сбалансированный и разумный режим для всех заинтересованных сторон.

МСОМС приветствует инициативу ЮНСИТРАЛ в области унификации международного морского права и высоко оценивает вклад ММК в подготовку проекта документа.

МСОМС с удовлетворением отвечает на приглашение ЮНСИТРАЛ к коммерческим сторонам принять участие в подготовке нового документа и представляет следующие замечания:

Сфера применения (проект статьи 4.2.1)

По мнению МСОМС, сфера применения проекта документа должна распространяться на перевозки "от двери до двери", включая морской этап. Такие четкие правовые рамки позволят сократить количество споров и упростить процедуры возмещения ущерба, поскольку одной из основных проблем существующей системы является установление того, где произошла утрата или повреждение и, следовательно, какой перевозчик несет ответственность и какой режим ответственности подлежит применению. Кроме того, могут возникнуть трудности при идентификации перевозчика и применении положений иностранных правовых систем. Идеальным решением могла бы стать разработка унифицированного свода норм, применимого на протяжении всей перевозки, а не определенная сетевая система, даже с ограниченным охватом, поскольку любая сетевая система порождает неопределенность. Это позволило бы облегчить доступ к источникам возмещения, улучшить понимание ответственности перевозчика и сократить

объем обрабатываемой документации. Для достижения этих целей нам прежде всего необходимо заручиться поддержкой организаций, представляющих всех участников процесса перевозки груза, включая стивидоров, операторов терминалов, дорожных перевозчиков, железнодорожные компании и владельцев складов.

В то же время могут возникать различные внутренние проблемы, связанные с юрисдикцией, а международное признание еще не имеет универсального характера. Если единообразная система ответственности окажется недостижимой из-за наличия международных конвенций, регулирующих отдельные виды транспорта, МСОМС хотел бы, чтобы пределы ответственности за нелокализованный ущерб регулировались более жесткими международными положениями, имеющими необязательный характер.

Исполняющие стороны (проект статьи 1.17)

МСОМС решительно выступает за предоставление возможности предъявлять иски непосредственно субподрядчикам и поддержит любое положение, устанавливающее солидарную ответственность перевозчика по договору и фактического перевозчика и предусматривающее возможность предъявления исков любому промежуточному перевозчику или экспедитору, предоставляющему другому перевозчику транспортные средства на условиях субподряда. МСОМС хотел бы подчеркнуть, что в связи с этим особое значение приобретает разработка четких и ясных положений по вопросу о том, можно ли предъявлять иски любому промежуточному перевозчику или экспедитору. В соответствии с конвенцией КДПГ решение этого вопроса, как представляется, оставляется на усмотрение судов отдельных стран. Такой неопределенности следует всячески избегать.

Ответственность перевозчика (проекты статей 4, 5, 6)

МСОМС считает, что существующую систему распределения рисков следует модифицировать. МСОМС выступает за упразднение навигационной ошибки или ошибок в управлении в качестве обстоятельств, освобождающих от ответственности. Статистических данных для оценки показателя снижения риска для страховщиков грузов в настоящее время не имеется, однако, по оценкам страховщиков, такое снижение риска будет составлять не менее 4 процентов.

МСОМС считает, что следует исключить освобождение от ответственности в случае пожара. Статистических данных для оценки показателя снижения риска для страховщиков грузов не имеется, однако, по оценкам страховщиков, такой показатель будет составлять не менее 2 процентов.

МСОМС выступает также за распространение обязательства в отношении обеспечения мореходности судна на всю продолжительность морского рейса. Статистических данных для оценки показателя снижения риска для страховщиков грузов не имеется, однако, по оценкам, соответствующий показатель будет составлять не менее 1 процента.

Статья 6.1.4 проекта документа

МСОМС выступает за сохранение существующей системы ответственности перевозчика за всю утрату, за исключением случаев, когда перевозчик может доказать, что утрата была вызвана обстоятельством, за которое он не несет ответственности. Установление требования о том, что перевозчик и сторона, возбуждающая иск, в равной степени несут бремя доказывания причины утраты, представляется нереальным по практическим соображениям, поскольку это означало бы, что сторона, возбуждающая иск, обладает таким же доступом к информации относительно условий перевозки и обработки груза, как и перевозчик. Это, конечно же, абсолютно не соответствует

действительности. По оценкам МСОМС, повышение риска для страховщиков груза в случае распределения ответственности за утрату на паритетной основе превысит 10 процентов.

Смешанный договор перевозки и экспедирования (проект статьи 4.3)

МСОМС решительно выступает против предоставления перевозчику возможности освобождаться от ответственности в соответствии с действующим режимом, принимая на себя исключительно функции агента.

Перевозчику не следует предоставлять возможности изменять свою роль с принципала на агента в течение рейса. На практике будет крайне трудно или вообще невозможно установить, в каком качестве выступал перевозчик на различных этапах рейса. Если перевозчик сможет выступать в ходе рейса в качестве как агента, так и принципала, то это будет способствовать созданию стратегических правовых барьеров и содействовать практике, направленной главным образом на то, чтобы избегать ответственности в целях сокращения затрат.

В существующем виде данная формулировка содержит требования о "прямой договоренности", которая во многих правовых системах может быть выполнена при помощи "стереотипных" типовых условий договора. Перевозчику не следует предоставлять право снижать свою роль до агента и освобождаться от ответственности перевозчика на основе "стереотипных" формулировок транспортного документа.

При линейных перевозках владельцы грузов не могут повлиять на то, с кем перевозчик заключит договор о предоставлении услуг, и необходимость возбуждения иска в иностранной правовой системе после проведения дорогостоящего расследования соответствующих причин будет являться основным сдерживающим фактором в отношении возбуждения производства для возмещения убытков, которые могут быть взысканы в судебном порядке.

Уведомление об утрате (проект статьи 6.9)

Предлагаемый предельный срок в три дня не является достаточным, и в большинстве случаев соблюдение такого срока на практике представляется невозможным. Такой срок подачи уведомления был установлен столетие тому назад, когда грузы были менее сложными, повреждения более очевидными, а обработка грузов в месте назначения менее автоматизированной. МСОМС считает, что срок в семь дней был бы разумным для всех поставок как при перевозках "от двери до двери", так и при перевозках "от порта до порта", поскольку он предоставит грузополучателю реальную возможность осмотреть груз. Объемы перевозок существенно возросли, и в настоящее время существует гораздо больше требований в отношении безопасности, инспекций и представления отчетов, которые грузополучатель обязан выполнить после сдачи груза. В некоторых случаях это может привести к выявлению повреждения на более ранних этапах, однако вследствие других приоритетных задач, например, в связи с применением автоматизированных систем управления запасами и санитарной проверкой продовольственных товаров, направление уведомления перевозчику может быть задержано.

Сроки исковой давности (проект статьи 14.1)

Этот вопрос имеет основополагающее практическое значение для страховщиков грузов. Непродолжительный предельный срок в один год является причиной необоснованных судебных тяжб, цель которых заключается в том, чтобы требования не утратили исковой силы.

Хотя невозможно точно оценить стоимость необоснованных судебных разбирательств и расходы на дополнительный персонал, в некоторых случаях

стоимость судебных разбирательств превышает 10 процентов суммы возмещения по иску. Такие судебные издержки можно было бы существенно снизить, если срок исковой давности будет более продолжительным. МСОМС считает, что такой срок должен составлять два года, как это предусматривается в таких конвенциях, как Гамбургские правила, недавно принятая Будапештская конвенция о договоре перевозки грузов по внутренним водным путям 2000 года и Монреальская конвенция 1999 года.

Если срок исковой давности в один год не будет увеличен, течение такого срока должно приостанавливаться на период изучения требования перевозчиком. Грузополучатели обязаны направить предварительное уведомление в течение ограниченного срока после сдачи груза. Перевозчик имеет право в этот период осмотреть груз. Во всех случаях практически самоочевидно, что иск о возмещении ущерба будет удовлетворен. Владельцы грузов обязаны доказать в момент представления иска на возмещение ущерба, что меры по спасанию груза, для осуществления которых может потребоваться определенное время, особенно, если это связано с переработкой или повторным производством, были осуществлены эффективно. Оптимальная практика свидетельствует о том, что наиболее эффективным методом является постоянное информирование и обеспечение осведомленности перевозчика на протяжении всего такого процесса (например, на основе приглашения представить свои замечания или провести повторную инспекцию). Кроме того, получение информации от перевозчиков занимает определенное время, если такая информация вообще предоставляется, и владельцев грузов за это не следует наказывать. Расследование причин также занимает определенное время, особенно в тех правовых системах, в которых органы по вопросам морской безопасности и/или суды сами проводят расследование соответствующих причин и лишь по истечении определенного времени публикуют результаты своих расследований.

Кроме того, важно, чтобы продление сроков санкционировалось от имени надлежащих сторон и такими надлежащими сторонами. Это является одним из сложных юридических вопросов, для решения которого требуется помощь юридических экспертов и продолжительные расследования, с тем чтобы определить, кто имеет право предъявлять иски и кто несет ответственность в соответствии с договором перевозки.

Мы практически не видим никаких оснований для сохранения срока исковой давности в один год, поскольку это не способствует сокращению затрат для перевозчиков и может привести к установлению произвольно коротких сроков исковой давности по весьма сложным требованиям в отношении грузов. Кроме того, существующая система, как представляется, является несправедливой, поскольку она поощряет перевозчиков, которые необоснованно задерживают обработку требований.

Пределы свободы договора и сфера применения (проекты статей 3 и 17)

Предоставление сторонам права отказываться от применения положений проекта документа, несомненно, будет снижать степень унифицированности режима. Поэтому МСОМС считает, что такое право должно быть ограниченным.

Право отказываться от применения положений не следует предоставлять договаривающимся сторонам. В соответствии с Гаагскими и Гаагско–Висбийскими правилами стороны могут договориться о неприменении тех или иных положений в случае специальных соглашений на основании необоротных удостоверений и в том случае, если предмет соглашения оправдывает особые договоренности и не является "обычной коммерческой поставкой", осуществляемой в рамках "обычных перевозок". Мы считаем, что этот принцип следует сохранить и в проекте документа.

Кроме того, третьи стороны не должны нести каких-либо обязательств, если сторонам соглашения разрешается отказываться от применения положений проекта документа.

В то же время положения о чартерах, спейс–чартерах и слот–чартерах, а также о перевозках живых животных отнюдь не обязательно должны носить обязательный характер.

Выбор суда

Некоторые члены МСОМС выразили серьезное беспокойство в связи с возможными положениями о выборе суда для урегулирования споров в рамках судебного и арбитражного разбирательства. МСОМС призывает использовать формулировку, содержащуюся в Гамбургских правилах, в соответствии с которой истцы могут выбирать суд из перечня, содержащего определенные варианты, включая место происхождения поставки или место сдачи груза. Перевозчику по договору и грузоотправителю по договору не следует предоставлять право договариваться о выборе суда и навязывать такой выбор грузополучателю, который не дал своего согласия.

Приложение

ВОПРОСНИК

1. Считаете ли вы, что было бы полезно иметь единую схему ответственности, применимую к перевозкам "от двери до двери", предусматривающим морской этап?

2. Если так, то почему?

3. Должны ли одни и те же правовые нормы применяться ко всей перевозке грузов, как наземной, так и морской?

4. Должен ли тот же самый режим ответственности, который применяется к морскому перевозчику, распространяться на всех участников перевозки груза "от двери до двери", включая стивидоров, операторов терминалов, автотранспортные компании, железные дороги, склады и прочих?

5. Должны ли участники перевозки груза "от двери до двери", включая стивидоров, операторов терминалов, автотранспортные компании, железные дороги, склады и прочих, быть ответчиками по прямым искам со стороны грузовладельцев или их страховщиков при едином смешанном режиме за повреждение, причиненное конкретным участником?

6. Если существующие конвенции применимы к наземному транспорту, такие как Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ), должны ли эти конвенции по-прежнему регулировать ответственность наземного перевозчика, когда такой наземный перевозчик участвует в морской и наземной перевозке грузов, или при определенных обстоятельствах на него должен распространяться такой же режим ответственности, как и на морского перевозчика?

7. Какие преимущества, если таковые имеются, вы видите в применении единообразного режима ответственности как к наземному, так и морскому транспорту в смешанной перевозке?

8. Какие проблемы в настоящее время являются распространенными, если таковые имеются, в результате существующей системы режимов ответственности в отношении перевозок грузов "от двери до двери"?

9. Видите ли вы какие-либо преимущества для отрасли, если грузовладельцы и их страховщики получат возможность предъявлять иск непосредственно к субподрядчику перевозчика, который выдает коносамент, за повреждение или утрату, произошедшие в то время, когда груз находился на попечении субподрядчика?

10. Просьба воспользоваться настоящей возможностью и указать, есть ли у вас какие-либо дополнительные замечания или соображения относительно документа, проект которого в настоящее время разрабатывает ЮНСИТРАЛ?

C. Записка Секретариата о проекте документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: рабочий документ, представленный Рабочей группы по транспортному на ее двенадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.32) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Введение	1–5
	Примечания
Приложение. Проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов	1–240
Глава 1: Общие положения	1–38
Статья 1. Определения	1–26
Статья 2. Сфера применения	27–38
Глава 2: Электронная связь	39
Статья 3.	
Статья 4.	
Статья 5.	
Статья 6.	40
Глава 3: Период ответственности	41–44
Статья 7.	41
Статья 8. Перевозка до или после морской перевозки	42–43
Статья 9. Смешанные договоры перевозки и экспедирования	44
Глава 4: Обязательства перевозчика	45–56
Статья 10.	45
Статья 11.	46–47
Статья 12.	48–49
Статья 13. Дополнительные обязательства, применимые в отношении морского рейса	50–56
Глава 5: Ответственность перевозчика	57–102
Статья 14. Основания ответственности	57–80
Статья 15. Ответственность исполняющих сторон	81–83
Статья 16. Задержка	84–86
Статья 17. Исчисление возмещения	87–90
Статья 18. Пределы ответственности	91–93
Статья 19. Утрата права на ограничение ответственности	94
Статья 20. Уведомление об утрате, повреждении или задержке	95–101
Статья 21. Внедоговорные требования	102
Глава 6: Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки	103–113
Статья 22. Ответственность перевозчика	104–108
Статья 23. Отклонение от курса	109–112
Статья 24. Палубный груз	113
Глава 7: Обязательства грузоотправителя по договору	114–126
Статья 25.	114–116
Статья 26.	117
Статья 27.	118
Статья 28.	119
Статья 29.	120

Статья 30. 123–125
Статья 31. . . . .
Статья 32. 126

Глава 8: Транспортные документы или электронные записи 127–146
Статья 33. Выдача транспортного документа или электронной записи . 127
Статья 34. Договорные условия 128–131
Статья 35. Подпись 132–133
Статья 36. Недостатки в договорных условиях 134–138
Статья 37. Оговорки в отношении описания груза в договорных условиях 139–142
Статья 38. Разумные возможности проверки и добросовестность 143
Статья 39. Доказательства prima facie и убедительное доказательство . 144–145
Статья 40. Доказательные последствия оговорок 146

Глава 9: Фрахт 147–159
Статья 41. 148
Статья 42. 149–151
Статья 43. 152
Статья 44. 153–158
Статья 45. 159

Глава 10: Сдача грузополучателю 160–179
Статья 46. 160–162
Статья 47. 163
Статья 48. 164–167
Статья 49. 168–174
Статья 50. 175–176
Статья 51. 177
Статья 52. 178-179

Глава 11: Право распоряжаться грузом 180–200
Статья 53. 180–183
Статья 54. 184–190
Статья 55. 191–197
Статья 56. 198
Статья 57. 199
Статья 58. 200

Глава 12: Передача прав 201–207
Статья 59. 201–202
Статья 60. 203–205
Статья 61. 206
Статья 62. 207

Глава 13: Право предъявлять иски 208–213
Статья 63. 208–211
Статья 64. 212
Статья 65. 213

Глава 14: Срок исковой давности 214–221
Статья 66. 214–215
Статья 67. 216
Статья 68. 217
Статья 69. 218–219
Статья 70. 220
Статья 71. 221

Глава 15: Юрисдикция 222–224
Статья 72. 223–224

Статья 73. . . . . .
Статья 74. . . . . .
Статья 75. . . . . .
Статья 75 бис . . . . . .

Глава 16: Арбитражное разбирательство 225–228
Статья 76. . . . . .
Статья 77. 227
Статья 78. . . . . 226 и 228
Статья 79. . . . . .
Статья 80. . . . . .
Статья 80 бис. . . . . .

Глава 17: Общая авария 229–230
Статья 81. 229
Статья 82. 230

Глава 18: Другие конвенции 231–235
Статья 83. 231
Статья 84. 232
Статья 85. 233
Статья 86. 234
Статья 87. 235

Глава 19: Пределы свободы договора 236–240
Статья 88. 237–239
Статья 89. 240

Введение

1. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия учредила Рабочую группу III (Транспортное право) и возложила на нее задачу подготовки в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными организациями законодательного документа по таким вопросам, касающимся международной перевозки грузов, как сфера применения документа, период ответственности перевозчика, обязанности перевозчика, ответственность перевозчика, обязанности грузоотправителя и транспортные документы[i]. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия одобрила рабочее предположение о том, что проект документа по транспортному праву должен охватывать транспортные операции "от двери до двери", при том условии, что дальнейшее рассмотрение вопроса о сфере применения проекта документа будет продолжено после рассмотрения Рабочей группой материально–правовых положений проекта документа и достижения более полного понимания их действия в контексте операций "от двери до двери"[ii].

2. На ее тридцать шестой сессии в июле 2003 года Комиссии были представлены доклады о работе десятой (Вена, 16–20 сентября 2002 года) и одиннадцатой (Нью–Йорк, 24 марта – 4 апреля 2003 года) сессий Рабочей группы (A/CN.9/525 и A/CN.9/526, соответственно).

3. Комиссия отметила масштабность проекта, осуществляемого Рабочей группой, и дала высокую оценку достигнутым на тот момент результатам. Было выражено получившее широкую поддержку мнение о том, что после недавнего завершения первого чтения проекта документа по транспортному праву Рабочая группа достигла особенно трудного этапа в своей работе. Комиссия отметила, что еще предстоит обсудить большое число спорных вопросов в отношении сферы применения и отдельных положений проекта документа. Дальнейший прогресс потребует поиска труднодостижимого равновесия между различными противоположными интересами, которые затрагиваются в данном случае. Было высказано мнение о том, что документ о перевозках "от двери до двери" может быть разработан благодаря компромиссу, основывающемуся на единообразной ответственности, выборе суда и заключенных контрактах, который не будет касаться исков, предъявляемых сторонам, участвующим во внутренних перевозках. Было также заявлено, что задействование внутренних дорожных и железнодорожных перевозчиков имеет решающее значение для достижения целей данного текста. Было высказано мнение о том, что Рабочей группе следует продолжить изучение вопроса об обеспечении большей гибкости в отношении структуры предлагаемого документа, с тем чтобы предоставить государствам возможность применять полностью или частично режим перевозок "от двери до двери".

4. Комиссия также отметила, что по причине трудностей, с которыми сталкивается Рабочая группа при подготовке проекта документа, ей пришлось провести свою одиннадцатую сессию продолжительностью в две недели, в результате чего было использовано дополнительное конференционное время, высвобожденное Рабочей группой I, которая завершила свою работу по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на своей пятой сессии в сентябре 2002 года. Председатель Рабочей группы III подтвердил, что для достижения прогресса в подготовке проекта документа в приемлемые сроки Рабочей группе нужно будет и далее проводить сессии продолжительностью в две недели. После обсуждения Комиссия разрешила Рабочей группе в порядке исключения провести ее двенадцатую и тринадцатую

---

[i] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 345.

[ii] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 224.

сессии продолжительностью по две недели каждая. Было достигнуто согласие о том, что ситуацию Рабочей группы в этом отношении можно будет вновь рассмотреть на тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году. Рабочей группе было предложено прилагать всяческие усилия для оперативного завершения своей работы и с этой целью использовать каждую возможность для проведения межсессионных консультаций, в том числе с помощью электронной почты. В то же время Комиссия признала, что количество подлежащих обсуждению вопросов и необходимость одновременного обсуждения многих из них являются веским доводом в пользу проведения полноценных заседаний Рабочей группы[iii].

5. В приложении к настоящей записке содержатся пересмотренные положения проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов, подготовленные Секретариатом для рассмотрения Рабочей группой. Изменения в тексте, который был ранее рассмотрен Рабочей группой (содержится в документе A/CN.9/WG.III/WP.21), выделены подчеркиванием и вычеркиванием.

[iii] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 205–208.

Приложение

Проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов

ГЛАВА 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Определения[1]

Для целей настоящего документа:

a)~~1.5~~ "договор перевозки"[2] означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз **полностью или частично**[3] морем из одного места в другое;

b)~~1.1~~ "перевозчик"[4] означает лицо, которое заключает договор перевозки с грузоотправителем по договору;

c)~~1.3~~ "грузоотправитель"[5] означает лицо, которое сдает груз перевозчику или исполняющей стороне[6] для перевозки;

---

[1] В пункте 72 доклада о работе девятой сессии Рабочей группы по транспортному праву (A/CN.9/510) отмечалось, что было выражено общее согласие с тем, что легкость прочтения документа будет повышена, если определения будут расставлены в более логичном порядке путем перечисления в первую очередь различных сторон, которые могут участвовать в договорных отношениях, охватываемых проектом документа, а затем указания технических терминов, используемых в проектах положений. Порядок изложения определений изменен в соответствии с этим предложением. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть названия для тех статей проекта документа, которые в настоящее время не имеют названий.

[2] В пункте 83 документа A/CN.9/510 было отражено мнение, что это определение излишне упрощено и, возможно, требует более подробного рассмотрения различных обязательств перевозчика. Кроме того, было высказано мнение о том, что следует также упомянуть грузоотправителя по договору, а также предложено сделать ссылку в определении на "лицо", а не на "перевозчика". Никакого решения по этим вопросам принято не было, и поэтому упомянутые предложения не отражены.

[3] В пункте 85 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа решила сохранить слова "полностью или частично" в проекте положения, однако было также решено, что слова "полностью или частично" должны быть выделены с помощью надлежащих типографических средств в качестве одного из элементов документа, который может потребовать особого рассмотрения с учетом окончательного решения, которое будет принято относительно сферы действия проекта документа. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, следует ли включать формулировку "полностью или частично" в название проекта документа.

[4] В пункте 73 документа A/CN.9/510 напоминалось, что это определение исходит из того же принципа, что и принцип, который установлен в Гаагско–Висбийских и Гамбургских правилах. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в этом определении не содержится достаточных упоминаний о сторонах, от имени которых заключается договор перевозки, а также не обеспечивается полной ясности в отношении положения экспедиторов грузов и недостаточно четко поясняется, что предполагается охватить как физических, так и юридических лиц. Согласия по этим вопросам достигнуто не было, однако в пункте 74 документа A/CN.9/510 отмечалось согласие с тем, что существующее определение представляет собой приемлемую базу для продолжения обсуждения.

[5] В пункте 78 документа A/CN.9/510 указывалось, что была выражена поддержка включению упоминания о том, что грузоотправитель сдает груз "от имени" грузоотправителя по договору. Кроме того, в пункте 79 документа A/CN.9/510 упоминалось предложение включить дополнительную формулировку для разъяснения того, что грузоотправитель должен сдать груз "фактическому" или "исполняющему" перевозчику, хотя и было выражено мнение о том, что использование слова "перевозчик" достаточным образом учитывает возможность того, что в дополнение к первоначальному перевозчику в перевозке может участвовать и исполняющая сторона. Наконец, в пункте 80 документа A/CN.9/510 упоминалось мнение, что Рабочая группа, возможно, при пересмотре нынешнего определения "грузоотправителя" примет во внимание текст пункта 5 статьи 1 Конвенции о

d)~~1.19~~ "грузоотправитель по договору"[7] означает лицо, которое заключает договор перевозки с перевозчиком;

e)~~1.17~~ "исполняющая сторона"[8] означает любое лицо помимо перевозчика, которое физически исполняет [или обязуется исполнить][9] [~~или не исполняет полностью или частично~~][10] любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении перевозки, обработки, хранения или складирования груза, если такое лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика, независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность. Термин "исполняющая сторона" не включает любое лицо, которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем или является служащим, агентом, подрядчиком или субподрядчиком какого-либо лица (помимо перевозчика), которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем.

f)~~1.12~~ "держатель"[11] означает лицо, которое ~~a)~~ временно владеет оборотным транспортным документом или обладает исключительным правом

смешанных перевозках грузов. Рабочая группа не приняла никакого решения в отношении пересмотра этого положения.

6 Эта формулировка была по оплошности перенесена из первоначального проекта документа, представленного ММК, который намеревался исправить формулировку "перевозчику" на "перевозчику или исполняющей стороне" в тех случаях, когда такое изменение являлось необходимым. Такое исправление внесено в различных положениях, в которых эта формулировка повторяется в проекте документа.

7 Как отмечается в пункте 107 документа A/CN.9/510, с учетом вызвавших обеспокоенность моментов, на которые было указано в контексте обсуждения определения понятия "перевозчик" в пункте 1.1 (в настоящее время пункт (b)), было выражено общее согласие с тем, что проект определения "грузоотправителя по договору" представляет собой приемлемую основу для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

8 Хотя были высказаны отдельные противоположные мнения, широкая поддержка, как это отмечается в пункте 99 документа A/CN.9/510, была выражена сохранению этого понятия в проекте документа; лежащая в его основе концепция также получила широкую поддержку, в том числе что касается использования словосочетания "физически исполняет" в качестве способа ограничения категории лиц, включаемых в это определение. Как отмечается в пункте 104 документа A/CN.9/510, были внесены предложения об упрощении и сокращении формулировки этого определения, и было предложено исключить слова "независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность" по той причине, что они являются неясными и не добавляют ничего существенного в это определение. Тем не менее не ясно, получило ли это предложение достаточную поддержку в Рабочей группе.

9 Как отмечается в пункте 100 документа A/CN.9/510, было высказано мнение о том, что на нынешнем этапе следует сохранить все варианты определения "исполняющей стороны", содержащиеся в проекте текста и комментарии. В пункте 16 документа A/CN.9/WG.III/WP.21 в качестве возможной альтернативы относительно ограничительному определению, которое представлено в первоначальном тексте в документе A/CN.9/WG.III/WP.21, было предложено относительно широкое определение, которое может быть основано на следующей формулировке в начале первого предложения: "лицо, помимо перевозчика, которое исполняет или обязуется исполнить любую обязанность перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении перевозки, обработки, хранении или складирования груза, если…".

10 В пункте 104 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа сочла, что эти слова следует исключить.

11 Как отмечается в пункте 91 документа A/AC.9/510, было высказано мнение о том, что слово "временно" не является необходимым, и была выражена поддержка сохранению требования о том, что держатель должен "законно" владеть оборотным транспортным документом. В данном случае также не ясно, получило ли это предложение достаточную поддержку в Рабочей группе.

[доступа к оборотной электронной записи] [распоряжения оборотной электронной записью], и ~~b)~~ либо:

i) если документ является поручением, определяется в нем в качестве грузоотправителя по договору или грузополучателя или является лицом, в пользу которого документ надлежащим образом индоссирован, или

ii) если документ представляет собой ордерный документ с бланковым индоссаментом или документ на предъявителя, предъявителем такого документа, или

iii) если используется оборотная электронная запись, может в соответствии со статьей 6 ~~2.4~~ доказать, что он [имеет доступ к такой записи] [может распоряжаться такой записью];

g)~~1.18~~ "право распоряжаться грузом"[12] имеет значение, установленное в статье 49 ~~11.1~~;

h)~~1.7~~ "распоряжающаяся сторона"[13] означает лицо, которое в соответствии со статьей 50 ~~11.2~~ имеет право распоряжаться грузом;

i)~~1.2~~ "грузополучатель"[14] означает лицо, управомоченное на получение груза в соответствии с договором перевозки или транспортным документом или электронной записью;

j)~~1.11~~ "груз" означает имущество, предметы и изделия любого рода, [которые перевозчик или исполняющая сторона [получает для перевозки] [обязуется перевезти в соответствии с договором перевозки]][15] и включает

---

[12] В пункте 105 документа A/CN.9/510 отмечалось, что это положение является в большей мере перекрестной ссылкой, чем определением, и поэтому его предлагалось исключить. Тем не менее Рабочая группа решила сохранить это определение для дальнейшего рассмотрения на более позднем этапе. См. также ниже сноску 13.

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности переноса первого предложения вводной формулировки пункта 11.1 (в настоящее время статья 53) в пункт 1.18 (в настоящее время пункт (g)) в качестве определения понятия "право распоряжаться грузом". Если Рабочая группа примет такое решение, пункт (g) мог бы гласить следующее: "Право распоряжаться грузом" означает i) право давать инструкции перевозчику в соответствии с договором перевозки и ii) право договариваться с перевозчиком об изменении такого договора".

[13] Отметив моменты, вызвавшие обеспокоенность, как это указано в пункте 87 документа A/CN.9/510, в отношении использования в разделе определений ссылок на соответствующие положения, Рабочая группа согласилась с тем, что это определение следует сохранить для будущего обсуждения.

[14] Как отмечается в пункте 75 документа A/CN.9/510, было предложено изменить формулировку этого определения примерно следующим образом: ""Грузополучатель" означает лицо, управомоченное на получение груза согласно договору перевозки, который может содержаться в транспортном документе или электронной записи", а другое мнение заключалось в том, что в определение "грузополучателя" потребуется, возможно, включить ссылку на распоряжающуюся сторону. Как отмечается в пункте 76 документа A/CN.9/510, Рабочая группа приняла к сведению эти вопросы, моменты, вызвавшие обеспокоенность, и предложения для продолжения обсуждения на последующем этапе.

[15] В пункте 90 документа A/CN.9/510 отмечается, что была выражена обеспокоенность в связи с тем, что ссылка в определении "груза" на то, что перевозчик или исполняющая сторона "получает" груз для перевозки, а не "обязуется перевезти" такой груз, может означать, что это определение не охватывает случаев, когда груз не получен и не погружен на борт судна по вине перевозчика. Было указано, что нынешняя ссылка лишь на получение груза является слишком узкой, было выдвинуто альтернативное предложение об упрощении этого определения путем исключения ссылки на получение груза. Рабочая группа приняла решение о том, что Секретариату следует подготовить два альтернативных текста, учитывающие каждый из этих подходов, однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, позволяет ли изложенная выше измененная формулировка учесть выраженное Рабочей группой беспокойство без использования двух альтернативных формулировок.

упаковку и любое оборудование и контейнер, которые не предоставляются перевозчиком или исполняющей стороной или от их имени;

k)~~1.20~~ "транспортный документ"[16] означает документ, который выдается в соответствии с договором перевозки перевозчиком или исполняющей стороной и который

i)~~a)~~ свидетельствует о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки, или

ii)~~b)~~ свидетельствует о наличии договора перевозки или содержит такой договор,

или выполняет обе функции;

l)~~1.14~~ "оборотный транспортный документ"[17] означает транспортный документ, в котором указано, в результате таких формулировок, как "приказу" или "оборотный", или других надлежащих формулировок, признанных в законодательстве, регулирующем такие документы, в качестве имеющих аналогичные последствия, что груз подлежит передаче приказу грузоотправителя по договору, приказу грузополучателя или предъявителю, и в котором прямо не указано, что он является "необоротным" или "не подлежащим передаче";

m)~~1.16~~ "необоротный транспортный документ"[18] означает транспортный документ, который не удовлетворяет критериям оборотного транспортного документа;

n)~~1.8~~ "электронная связь"[19] означает связь с помощью электронных, оптических или цифровых изображений или с помощью аналогичных средств, в

Рабочая группа, возможно, пожелает также принять к сведению, что, если формулировка "обязуется перевезти в соответствии с договором перевозки" будет принята, то полная формулировка должна ограничиваться словами "любого рода, которые перевозчик обязуется перевезти в соответствии с договором перевозки", поскольку исполняющая сторона не обязуется перевозить груз в соответствии с договором перевозки. Тем не менее если будет принята формулировка "получает для перевозки", то полная формулировка должна гласить "любого рода, которые перевозчик или исполняющая сторона получает для перевозки".

[16] В пункте 86 документа A/CN.9/510 в связи с определением понятия "договорные условия" в пункте 1.6 (в настоящее время пункт (r)) (см. ниже сноску 23) было высказано мнение о необходимости более четкого указания в тексте на смысл формулировки "касающуюся договора перевозки". В этой связи было предложено, что, когда Рабочая группа будет рассматривать проекты статей 1.9 и 1.20 (в настоящее время пункты (o) и (k)), ей следует также изучить вопрос о действительной необходимости требования о том, чтобы электронное сообщение или транспортный документ подтверждали наличие договора перевозки. Такое определение может основываться на разделе 5 (1) Закона Соединенного Королевства о морской перевозке грузов 1992 года, однако, как представляется, не существует каких-либо сомнений в том, что транспортный документ обычно также подтверждает наличие договора перевозки. Поэтому представляется нецелесообразным заключать в квадратные скобки статьи 1.20(b) (в настоящее время пункт (k)(ii)) или 1.9 (b) (в настоящее время пункт (o)(ii)).

[17] В пункте 93 документа A/CN.9/510 было предложено более четко разъяснить различие между оборотным и необоротным характером, в частности с тем, чтобы разработать надлежащие правила для оборотных электронных записей. В ответ было указано, что, хотя достижение большей точности в этой области и имеет важное значение, особенно поскольку эта область является новой и подвержена влиянию национального законодательства, Рабочей группе следует учитывать, что она не в состоянии урегулировать все возможные последствия.

[18] Как отмечается в пункте 94 документа A/CN.9/510, хотя и было высказано мнение о том, что необходимости в этом определении не имеется и что его следует исключить, Рабочая группа согласилась сохранить его для дальнейшего обсуждения.

[19] Как отмечается в пункте 88 документа A/CN.9/510, в связи с этим положением и определением понятия "электронная запись" было указано на ряд моментов, вызывающих беспокойство. Следует отметить, что обсуждение различных аспектов проекта документа,

результате чего передаваемая информация является доступной для ее последующего использования. Связь включает подготовку, хранение, отправление и получение информаци;.

o)~~1.9~~ "электронная запись"[20] означает информацию, содержащуюся в одном или более сообщениях, которые были переданы перевозчиком или исполняющей стороной с помощью электронной связи в соответствии с договором перевозки и которые

i)~~a)~~ свидетельствуют о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки, или

ii)~~b)~~ свидетельствуют о наличии договора перевозки или содержат такой договор,

или выполняют обе функции.

Она включает информацию, которая прилагается к электронной записи или иным образом увязывается с электронной записью одновременно с ее передачей или после ее передачи перевозчиком или исполняющей стороной;

p)~~1.13~~ "оборотная электронная запись"[21] означает электронную запись

i) в которой указано, в результате таких заявлений, как "приказу" или "оборотный", или других надлежащих заявлений, признанных в законодательстве, регулирующем такие записи, в качестве имеющих аналогичные последствия, что груз подлежит передаче приказу отправителя по договору или приказу грузополучателя, и в которой прямо не указано, что она является "необоротной" или "неподлежащей передаче", и

ii) которая используется в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~, который включает надлежащие положения, касающиеся передачи такой записи следующему держателю и метода, при помощи которого держатель такой записи может доказать, что он является таким держателем;

q)~~1.15~~ "необоротная электронная запись"[22] означает электронную запись, которая не удовлетворяет критериям оборотной электронной записи;

r)~~1.6~~ "договорные условия"[23] означает любую информацию, касающуюся договора перевозки или груза (включая условия, указания, подписи и индоссаменты), которая содержится в транспортном документе или в электронной записи;

касающихся электронной торговли, было отложено до более позднего этапа обсуждений в Рабочей группе.

[20] См. выше сноски 16 и 19.

[21] Как отмечается в пункте 92 документа A/CN.9/510, Рабочая группа согласилась с определениями "оборотной электронной записи" и "необоротной электронной записи" в качестве хорошей основы для дальнейших обсуждений.

[22] Исправление первоначального текста, изложенного после пункта 13 в документе A/CN.9/WG.III/WP.21. См. также выше сноску 21.

[23] В пункте 86 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа согласилась с тем, что в ходе работы по изменению этого определения должны быть учтены следующие вызвавшие обеспокоенность моменты: определение может содержать противоречие, если его читать совместно с проектом статьи 1.20 (в настоящее время пункт (k)), и в тексте необходимо более четко указать, к чему относится формулировка "касающуюся договора перевозки" (см выше сноску 16). Между тем неясно, какие противоречия существуют между определением "договорных условий" в пункте 1.6 (в настоящее время пункт (r)) и определением "транспортного документа" в пункте 1.20 (в настоящее время пункт (k)). Кроме того, формулировка "касающуюся договора перевозки" представляется вполне ясной.

s)~~1.4~~ "контейнер" ~~включает~~ означает[24] любой вид контейнера, пригодной для перевозки емкости или плоскости, стандартной или любой аналогичной тары, используемые для объединения груза, [пригодные для морской перевозки] [предназначенные для морской перевозки], а также любое вспомогательное оборудование для такой тары[25];

t)~~1.10~~ "фрахт"[26] означает вознаграждение, выплачиваемое перевозчику за перевозку груза в соответствии с договором перевозки.

Статья 2.~~3~~. Сфера применения

1.~~3.1~~ Вариант A пункта 1[27]

С учетом[28] положений ~~статьи~~ пункта 3 ~~3.3.1~~ положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров перевозки, в соответствии с которыми место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах, если

a) место получения [~~или порт погрузки~~][29], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств или

---

[24] В пункте 82 документа A/CN.9/510 отмечается, что к Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренное определение "контейнера" с возможными вариантами, отражающими высказанные мнения и опасения. Первое такое опасение, упомянутое в пункте 81 документа A/CN.9/510, состояло в том, что слово "включает" делает это определение открытым, а второе опасение, упомянутое в пункте 82 документа A/CN.9/510, состояло в том, что в этом определении следует рассматривать исключительно контейнеры, предназначенные для морского транспорта. Предлагаемые изменения основаны на альтернативных формулировках и представляют собой попытку отразить изложенные мнения.

[25] Для избежания очевидной тавтологии при использовании слов ""контейнер" означает любой вид контейнера..." Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий альтернативный текст: ""контейнер" означает любую тару, используемую для объединения груза, которая [пригодна для морской перевозки] [предназначена для морской перевозки], а также любое вспомогательное оборудование для такой тары, [например][включая] пригодную для перевозки емкость или плоскую, стандартную или любую аналогичную тару".

[26] В пункте 89 документа A/CN.9/510 была выражена обеспокоенность в связи с тем, что определение фрахта является неполным в том смысле, что в нем не указывается лицо, которое несет ответственность за уплату фрахта. В то же время было достигнуто согласие в отношении того, что роль этого определения состоит лишь в том, чтобы дать описание понятия фрахта, и что вопросы, связанные с фрахтом, могут быть урегулированы в других положениях.

[27] Вариант A пункта 1 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[28] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть все статьи и пункты проекта документа, которые начинаются формулировкой "С учетом положений статьи/пункта …" или "Несмотря на положения статьи/пункта …" и аналогичными словами, с тем чтобы оценить, является ли такое положение в каждом отдельном случае необходимым или его можно исключить. В целях обеспечения согласованности такой анализ предлагается провести путем изучения всего документа исключительно для этой цели.

[29] В пункте 244 документа A/CN.9/526 указано, что Рабочая группа на предварительной основе пришла к согласию о том, что проект документ должен охватывать любые виды смешанных перевозок, включая морской этап, и что проведение каких-либо дальнейших разграничений на основе относительного значения различных видов транспорта, используемого для целей перевозки, не требуется. Было также принято решение, что редакцию проекта статьи 3 (в настоящее время статья 2) потребуется, возможно, пересмотреть с тем, чтобы более четко отразить, что международный характер перевозки должен оцениваться на основе договора перевозки. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренные предложения с возможными вариантами для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий. Между тем с учетом определения "договора перевозки" в пункте 1.5 (в настоящее время статья 1(a)), по-видимому, не потребуется изменять текст пункта 3.1(a) и (b)

b) место сдачи [~~или порт разгрузки~~], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или][30]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие.

Вариант B пункта 1[31]

С учетом положений ~~статьи~~ пункта 3 ~~3.3.1~~ положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров морской перевозки грузов[32], в соответствии с которыми место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах, если

a) место получения [или порт погрузки], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

b) место сдачи [или порт разгрузки], указанное либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположено в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или][33]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие.

(в настоящее время статья 2(1)(a) и (b)) за исключением того, что слова в квадратных скобках можно было бы исключить.

30 Как отмечается в пункте 34 документа A/CN.9/510, было высказано мнение, поддержанное многими членами Рабочей группы, что в современной практике перевозок место заключения договора, как правило, не имеет никакого отношения к исполнению договора перевозки, а если речь идет об электронной торговле, то такое место может оказаться трудно, а то и не возможно определить.

31 В пунктах 245–249 документа A/CN.9/526 обсуждается взаимосвязь проекта документа с другими транспортными конвенциями и с внутренним законодательством. В пункте 250 документа A/CN.9/526 Рабочая группа поручила Секретариату, в частности, подготовить соответствующие формулировки, предусматривающие в качестве одного из вариантов использование предложения Швеции о разъяснении пункта 3.1 (в настоящее время пункт 1) проекта документа (см. A/CN.9/WG.III/WP.26). Этот вариант отражен в варианте B.

32 Если вариант B будет принят Рабочей группой, использование формулировки "морской перевозки грузов" может потребовать изменения пункта 1.5 (в настоящее время статья 1(a)), в котором излагается определение понятия "договор перевозки".

33 См. выше сноску 30.

1 бис. Настоящий документ применяется также в отношении перевозки по внутренним водным путям до и после морского рейса, а также в отношении дорожной или железнодорожной перевозки от места получения до порта погрузки и от порта разгрузки до места сдачи, если груз в ходе морского рейса был разгружен со средств транспорта, при помощи которых был исполнен внутренний сегмент перевозки[34].

Вариант С пункта 1[35]

С учетом положений ~~статьи~~ пункта 3 ~~3.3.1~~ положения настоящего документа применяются в отношении всех договоров перевозки, в соответствии с которыми ~~место получения и место сдачи груза~~ порт погрузки и порт разгрузки расположены в различных государствах, если

a) ~~место получения~~ порт погрузки, указанный либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположен в одном из Договаривающихся государств, или

b) ~~место сдачи~~ порт разгрузки, указанный либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, расположен в одном из Договаривающихся государств, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в одном из Договаривающихся государств, или]

d) [договор перевозки заключен в одном из Договаривающихся государств или в договорных условиях указано, что транспортный документ или электронная запись составлены в одном из Договаривающихся государств, или][36]

e) в договоре перевозки предусматривается, что к нему применяются положения настоящего документа или законодательство любого государства, вводящее его в действие[37].

---

[34] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о взаимосвязи этого пункта 1 бис со статьей 83.

[35] Предложение, отраженное в пункте 243 документа A/CN.9/526, заключалось в том, что проект документа должен применяться только к перевозкам, при которых морской этап связан с трансграничной перевозкой. Было указано, что согласно этому предложению вопрос о том, предполагают ли наземные этапы общей перевозки трансграничные перемещения груза, не будет иметь значения. Рабочая группа приняла к сведению это предложение и просила Секретариат отразить его в качестве возможного варианта пересмотренного проекта, который будет подготовлен для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий. Вариант С призван отразить такой подход. Как отмечается в пункте 243 документа A/CN.9/526, возобладало, однако, мнение о том, что международный характер перевозки должен согласно проекту статьи 3 (в настоящее время статья 2) определяться не с учетом отдельных этапов перевозки каким-либо одним видом транспорта, а применительно ко всей перевозке, когда место получения и место сдачи груза находятся в различных государствах.

[36] См. выше сноску 30.

[37] Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о включении в вариант С пункта 1 бис следующего содержания: "1 бис. Если в соответствии с договором перевозки груз перевозится морем только частично, настоящий документ, тем не менее, применяется только, если a) место получения и порт погрузки расположены в одном государстве и b) порт разгрузки и место сдачи расположены в одном государстве". Такое предложение может противоречить подпункту 4.2.1 (в настоящее время статья 8). Кроме того, как отмечается в сноске 35 выше, в Рабочей группе возобладало мнение о том, что международный характер перевозки должен определяться не с учетом отдельных этапов перевозки каким-либо одним видом транспорта, а применительно ко всей перевозке, когда место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах.

2.~~3.2~~ Положение настоящего документа применяются без учета национальности судна, перевозчика, исполняющих сторон, грузоотправителя по договору, грузополучателя или любых других заинтересованных сторон[38].

.~~3.3.1~~ Положения настоящего документа не применяются в отношении чартеров [договоров фрахтования, договоров на массовые грузы или аналогичных соглашений].

4.~~3.3.2~~ Несмотря на положения ~~статьи~~ пункта 3 ~~3.3.1~~, если оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись составляются в соответствии с чартером [договором фрахтования, договором на массовые грузы или аналогичным соглашением], положения настоящего документа применяются в отношении договора, подтверждаемого таким документом или такой электронной записью или содержащегося в них, с того момента и в той степени, в какой данный документ или электронная запись регулируют отношения между перевозчиком и держателем, не являющимся фрахтователем.

5.~~3.4~~ Если договор предусматривает будущую перевозку груза в нескольких партиях, ~~положения~~ настоящий документ применяется в отношении каждой партии, если это предусмотрено ~~статьями~~ пунктами 1, 2, 3 и 4 ~~3.1, 3.2 и 3.3~~.

ГЛАВА 2. ЭЛЕКТРОННАЯ СВЯЗЬ[39]

Статья 3.

~~2.1~~ Все, что подлежит включению в транспортный документ или должно быть отражено в нем в соответствии с настоящим документом, может быть записано или передано с применением электронной связи вместо использования транспортного документа, если выдача и последующее использование электронной записи осуществляются с прямо или косвенно выраженного согласия перевозчика и грузоотправителя по договору.

Статья 4.

1.~~2.2.1~~ Если выдается оборотный транспортный документ и перевозчик и держатель договариваются заменить этот документ оборотной электронной записью,

a) держатель сдает оборотный транспортный документ или все такие документы, если было выдано более одного документа, перевозчику, и

b) перевозчик выдает держателю оборотную электронную запись, которая содержит заявление о том, что она выдана взамен оборотного транспортного документа,

после чего оборотный транспортный документ полностью утрачивает юридическую силу или действительность.

2.~~2.2.2~~ Если выдается оборотная электронная запись и перевозчик и держатель договариваются заменить электронную запись оборотным транспортным документом,

---

[38] Было указано, что в целях обеспечения единообразия и устранения сомнений было бы целесообразно включить также ссылку на применимое право (пункт 37 документа A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1).

[39] Обсуждение этой главы было отложено до следующего рассмотрения проекта документа. Эта глава оставлена в первоначальном месте. Тем не менее Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об оптимальном месте этой главы в проекте документа при рассмотрении ее положений. После такого обсуждения, как ожидается, в эту главу будут внесены дополнительные изменения.

a) перевозчик выдает держателю взамен электронной записи оборотный транспортный документ, который содержит заявление о том, что он выдан взамен оборотной электронной записи, и

b) после такой замены электронная запись полностью утрачивает юридическую силу и действительность.

Статья 5.

~~2.3~~ Уведомления и подтверждение, упоминаемые в статьях 20(1), ~~6.9.1~~, 20(2), ~~6.9.2~~, 20(3), ~~6.9.3~~, 34(1)(b) и (c), ~~8.2.1 (b) и (c)~~, 47, ~~10.2~~, 51, ~~10.4.2~~, заявление, упоминаемое в статье 68 ~~14.3~~, и соглашение относительно веса, предусмотренное в статье 37(1)(c) ~~8.3.1(c)~~, могут даваться с использованием электронной связи, если использование таких средств осуществляется с прямого или косвенного согласия стороны, которая их направляет, и стороны, которой они направляются. В противном случае следует использовать письменную форму.

Статья 6.

~~2.4~~ Использование оборотной электронной записи осуществляется в соответствии с регламентом, согласованным между перевозчиком и грузоотправителем по договору или держателем, упомянутым в статье 1(p)[40] ~~2.2.1~~. Такой регламент должен быть упомянут в договорных положениях и должен содержать надлежащие положения, касающиеся

a) передачи такой записи следующему держателю,

b) методов, при помощи которых держатель записи в состоянии продемонстрировать, что он является таким держателем, и

c) порядка направления подтверждения в отношении того, что

i) сдача груза грузополучателю осуществлена или

ii) оборотная электронная запись в соответствии со статьями 4(2) ~~2.2.2~~ или 49(a)(ii) ~~10.3.2(i)(b)~~ полностью утратила юридическую силу или действительность.

ГЛАВА 3. 4. ПЕРИОД ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Статья 7.[41]

1.~~4.1.1~~ С учетом положений статьи 9 ~~4.3~~, ответственность перевозчика за груз на основании настоящего документа охватывает период с момента получения перевозчиком или исполняющей стороной груза для перевозки до момента сдачи груза грузополучателю.

2.~~4.1.2~~ Моментом и местом получения груза считается момент и место, согласованные в договоре перевозки, или, если в таком договоре не содержится какого-либо конкретного положения, касающегося получения груза, момент и место, которые соответствуют торговым обычаям, практике или обыкновениям. В отсутствие таких положений в договоре перевозки или таких обычаев, практики или обыкновений моментом и местом получения груза являются момент и место фактической передачи груза на попечение перевозчика или исполняющей стороны.

---

[40] Исправление первоначального варианта проекта документа, который содержится в документеA/CN.9/WG.III/WP.21 и в котором следовало сделать ссылку на определение понятия "оборотная электронная запись" в статье 1(p).

[41] Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению пункт 40 документа A/CN.9/510, в котором излагаются доводы против и в поддержку подхода, используемого в статье 7.

3.~~4.1.3~~ Моментом и местом сдачи груза являются момент и место, согласованные в договоре перевозки, или, если в таком договоре не содержится какого-либо конкретного положения, касающегося сдачи груза, момент и место, соответствующие торговым обычаям, практике или обыкновениям. В отсутствие любого такого конкретного положения в договоре перевозки или таких обычаев, практики или обыкновений моментом и местом сдачи груза являются момент и место разгрузки или выгрузки груза с последнего судна или транспортного средства, на котором он перевозился в соответствии с договором перевозки.

4.~~4.1.4~~ Если перевозчик обязан передать груз в месте сдачи груза какому-либо органу или другой третьей стороне, которым в соответствии с законодательством или нормативными актами, применимыми в месте сдачи, должен быть передан груз и у которых грузополучатель может их получить, такая передача будет рассматриваться в качестве сдачи груза перевозчиком грузополучателю в соответствии с~~о статьей~~ пунктом 3 ~~4.1.3~~.

[Статья 8. ~~4.2.1~~ Перевозка до или после морской перевозки[42]

1. В случае предъявления требований или возникновения спора в результате утраты или повреждения груза или задержки, возникших исключительно в течение любого из следующих периодов:

a) с момента получения груза перевозчиком или исполняющей стороной до момента его погрузки на судно;

b) с момента его выгрузки с судна до момента его сдачи грузополучателю;

и если в момент такой утраты, повреждения или задержки действуют положения международной конвенции [или национального законодательства], которые

i) в соответствии с их условиями применяются в отношении всех или любых видов деятельности перевозчика в соответствии с договором перевозки в течение этого периода, [независимо от того, требуется ли выдача какого-либо конкретного документа, с тем чтобы такая международная конвенция являлась применимой], и

ii) содержат конкретные положения об ответственности перевозчика, пределах ответственности или о сроках исковой давности, и

iii) не могут быть отменены на основании частного договора либо вообще, либо в ущерб грузоотправителю по договору,

---

[42] В пункте 250 документа A/CN.9/526 отмечается, что Рабочая группа согласилась в предварительном порядке сохранить текст подпункта 4.2.1 (в настоящее время статья 8) в качестве средства разрешения возможных коллизий между проектом документа и другими уже действующими конвенциями. Секретариату было поручено подготовить положение о коллизии конвенций для возможного включения в статью 16 (в настоящее время глава 18) проекта документа и представить соответствующие формулировки, предусматривающие в качестве одного из вариантов использование предложения Швеции о разъяснении пункта 3.1 (в настоящее время статья 2(1)). Обмен мнениями по вопросу о взаимосвязи между проектом документа и национальным правом не позволил сделать каких-либо окончательных выводов, и было принято решение продолжить обсуждение этого вопроса в свете ожидаемых будущих предложений. В то же время с учетом уровня поддержки, выраженной по вопросу о национальном праве, Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой включить в текст подпункта 4.2.1 (в настоящее время статья 8) ссылку на национальное право в квадратных скобках для дальнейшего обсуждения в будущем. Кроме того, в текст проекта документа в квадратных скобках включены текст предложения Швеции в отношении статьи 3 (в настоящее время статья 2) и положение о коллизии норм права в статье 16 (в настоящее время глава 18).
Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, отведено ли этой статье в проекте документа надлежащее место или же его следует переместить в другую главу, например, возможно, в главу 5, посвященную ответственности перевозчика.

такие положения, если они носят обязательный характер, как это указано в подпункте (iii) выше, имеют преобладающую силу по сравнению с положениями настоящего документа.]

[2. Положения статьи 8 ~~подпункта 4.2.1~~ не затрагивают применения статьи 18(2) ~~6.7.1 бис.~~][43]

[3.~~4.2.2~~ Статья 8 ~~4.2.1~~ применяется независимо от национального законодательства, которое в противном случае применимо в отношении договора перевозки.]

Статья 9. ~~4.3~~ Смешанные договоры перевозки и экспедирования[44]

1.~~4.3.1~~ Стороны могут прямо договориться в договоре перевозки, что в отношении указанной части или частей транспортировки груза перевозчик, выступая агентом, организует перевозку другим перевозчиком или перевозчиками.

2.~~4.3.2~~ В таком случае перевозчик проявляет надлежащую осмотрительность при выборе другого перевозчика, заключает договор с таким другим перевозчиком на обычных и общепринятых условиях, а также принимает все меры, которые могут разумно потребоваться для того, чтобы позволить такому другому перевозчику надлежащим образом выполнить свои обязательства по его договору.

ГЛАВА 4. ~~5~~. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПЕРЕВОЗЧИКА

Статья 10.

~~5.1~~ Перевозчик с учетом положений настоящего документа и в соответствии с условиями договора перевозки [надлежащим образом и тщательно] перевозит груз до места назначения и сдает его грузополучателю[45].

Статья 11.

1.~~5.2.1~~ Перевозчик в течение периода своей ответственности, как это определяется в статье 7 ~~4.1~~, и с учетом статьи 8 ~~4.2~~ обеспечивает надлежащую и

---

[43] При обсуждении режима нелокализованного ущерба, как это отмечается в пунктах 264–266 документа A/CN.9/526, было высказано отраженное в пункте 266 предложение о том, что в проекте документа потребуется, возможно, более четко отразить правовые режимы, регулирующие локализованный ущерб согласно подпункту 4.2.1 (в настоящее время статья 8) и нелокализованный ущерб согласно подпункту 6.7.1 (в настоящее время статья 18(1)). Секретариату было предложено рассмотреть необходимость повышения согласованности этих двух положений при подготовке пересмотренного проекта документа. "Повышение согласованности" между подпунктом 4.2.1 и новым положением, подпунктом 6.7. бис (в настоящее время статья 18(2)), который был предложен в пункте 264 для включения после подпункта 6.7.1 (в настоящее время статья 18(1)) (следующего содержания: "Независимо от положений подпункта 6.7.1 (в настоящее время статья 18(1)), если перевозчик не может установить, произошли ли утрата или повреждение груза в ходе морской перевозки или в ходе перевозки, предшествовавшей морской перевозке или следовавшей за ней, применяется наиболее высокий предел ответственности, устанавливаемый в международных и национальных императивных положениях, регулирующих различные части перевозки".) может быть обеспечено в результате добавления пункта 2, как это предлагается выше.

[44] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отведено ли статье 9 надлежащее место в главе III, посвященной периоду ответственности.

[45] В пункте 116 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа в предварительном порядке согласилась сохранить текст пункта 5.1 (в настоящее время статья 10) в ее нынешней редакции. Широкую поддержку получило мнение о том, что опасения и редакционные предложения, упомянутые в пунктах 113–116 документа A/CN.9/510, следует еще раз рассмотреть на более позднем этапе.

тщательную погрузку, обработку, укладку, перевозку, хранение груза, уход за ним и его разгрузку[46].

[2.~~5.2.2~~ Стороны могут договориться о том, что определенные функции, упомянутые в пункте 1 ~~5.2.1~~, исполняются грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной или грузополучателем или от их имени. Такое соглашение должно быть упомянуто в договорных условиях.][47]

Статья 12.

~~5.3~~ Вариант A[48]

Несмотря на положения статей 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ и 13(1) ~~5.4~~, перевозчик может отказаться производить погрузку или может выгрузить, ликвидировать или обезопасить груз или принять такие другие меры, которые являются разумными, если груз представляет или, как можно разумно предполагать, будет представлять в период ответственности перевозчика опасность для людей или имущества или же неправомерную или неприемлемую опасность для окружающей среды[49].

Вариант B

Несмотря на положения статей 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ и 13(1) ~~5.4~~, перевозчик может выгрузить, ликвидировать или обезопасить опасный груз, если он начинает представлять реальную опасность для жизни или имущества.

---

[46] С учетом результатов обсуждений, отраженных в пункте 117, и, как это отмечается в пункте 119 документа A/CN.9/510, независимо от того, что предложение об исключении проекта статьи 5.2.1 (в настоящее время статья 11(1)) получило определенную поддержку, Рабочая группа в предварительном порядке согласилась сохранить этот проект статьи с учетом обширного опыта применения аналогичных положений в действующих конвенциях, например статьи 3(2) Гаагских правил. Было также принято решение о проведении дальнейшего изучения этого проекта статьи с целью оценить взаимодействие и соответствие между пунктом 5.2.1 (в настоящее время статья 11(1)) и проектом статьи 6 (в настоящее время глава 5), а также последствия различных возможных определений периода, в течение которого будут действовать обязательства, предусмотренные в проекте статьи 5.2.1 (в настоящее время статья 11(1)). Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что использование терминов в подпункте 5.2.1 (в настоящее время статья 11(1)), как представляется, не имеет особой морской направленности и что исключение этих терминов может привести к тому, что в положении будет установлен только общий стандарт осмотрительности.

[47] В пункте 127 документа A/CN.9/510 указано, что было принято решение о том, что это положение следует заключить в квадратные скобки как указание на то, что концепция условий FIO (франкопогрузка – разгрузка) и FIOS (франкопогрузка – разгрузка, штивка) должна быть еще раз рассмотрена Рабочей группой, в том числе вопрос о том, каким образом она связана с положениями об ответственности перевозчика. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это положение с учетом любых изменений, которые вносятся в статьи 10 и 11(1).

Было высказано мнение, что для следующей сессии Рабочей группы с целью оказания помощи ее обсуждениям следует подготовить письменную информацию относительно практики использования условий FIO(S).

[48] Вариант A статьи 12 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[49] В пункте 130 документа A/CN.9/510 отмечалось, что Рабочая группа в целом согласилась с тем, что текст статьи 5.3 (в настоящее время статья 12) требует дальнейшего улучшения. К Секретариату была обращена просьба подготовить в качестве альтернативы нынешнему тексту положения, представленному в варианте A, отраженный в варианте B вариант, основывающийся на принципах, закрепленных в статье 13 Гамбургских правил, в отношении полномочий перевозчика в чрезвычайных обстоятельствах, возникающих при перевозке опасных грузов. Было также достигнуто согласие с тем, что вопрос о компенсации, которая может причитаться перевозчику или грузоотправителю по договору в подобных обстоятельствах, потребуется, возможно, обсудить еще раз в контексте проекта статьи 7.5 (в настоящее время статья 29).

Статья 13. Дополнительные обязательства, применимые в отношении морского рейса[50]

1.~~5.4~~ Перевозчик обязан[51] до, в начале [и в ходе][52] морского рейса проявлять надлежащую осмотрительность с целью:

a) обеспечения [и поддержания] мореходности судна;

b) надлежащего укомплектования экипажа, оснащения и обеспечения судна;

c) обеспечения [и поддержания] надлежащего состояния и безопасности трюмов и других частей судна, в котором перевозится груз, включая контейнеры, если[53] они предоставляются перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз, в целях его приемки, перевозки и обеспечения сохранности[54].

[2.~~5.5~~ Несмотря на положения статей 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ и 13(1) ~~5.4~~, перевозчик ~~в случае морской перевозки [или внутренней перевозки]~~[55] может пожертвовать грузом, если такая жертва приносится разумно в интересах общей безопасности или в целях сохранения другого имущества, являющегося элементом единого предприятия.][56]

---

[50] С учетом выраженной в Рабочей группе широкой поддержки идеи о том, что сфера применения проекта документа должна основываться на подходе "от двери до двери", а не "от порта до порта" (см. пункт 239 документа A/CN.9/526), было сочтено, что выделение положений проекта документа, которые должны применяться только в отношении морской перевозки, может способствовать рационализации структуры проекта документа. Поэтому статьи 5 и 6 (в настоящее время главы 4 и 5, а также новая глава 6, озаглавленная "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]") проекта документа были пересмотрены таким образом.

[51] Это положение представляет собой первый из ряда случаев, когда в проект документа включается императивная формулировка для обеспечения согласованности всего текста.

[52] Как отмечается в пункте 131 документа A/CN.9/510, Рабочая группа подтвердила свою широкую поддержку наложению на перевозчика обязательства проявлять должную осмотрительность, действующего в течение всего рейса, с помощью сохранения слов "и в ходе" и "и поддержания", которые в настоящее время заключены в квадратные скобки. В то же время была вновь выражена обеспокоенность тем, что распространение действия обязательства перевозчика проявлять должную осмотрительность на всю продолжительность рейса накладывает на перевозчиков более тяжелое бремя и может привести к компенсации вызванных этим расходов в виде более высоких ставок фрахта.

[53] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности замены слова "если" словом "когда", поскольку место, в котором предоставляются контейнеры, не имеет какого-либо значения.

[54] В пункте 136 документа A/CN.9/510 отмечалось, что Рабочая группа согласилась с тем, что нынешний текст проекта статьи 5.4 (в настоящее время пункт 1) представляет собой основу, которая может быть использована для продолжения обсуждения. Рабочая группа приняла к сведению различные предложения, высказанные в отношении этого проекта положения. Было достигнуто общее согласие с тем, что этот проект положения потребуется еще раз рассмотреть в свете аналогичных или сопоставимых положений в других конвенциях, касающихся отдельных видов перевозок.

[55] Эта формулировка станет излишней, если данный пункт будет включен в статью, озаглавленную "Дополнительные обязательства, применимые в отношении морского рейса", как это предлагается в тексте.

[56] В пункте 143 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа разделилась на сторонников исключения этого подпункта и сторонников его сохранения, признававших необходимость продолжения рассмотрения существа этого положения. Рабочая группа постановила заключить этот проект статьи в квадратные скобки.

ГЛАВА 5. ~~6.~~ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПЕРЕВОЗЧИКА

Статья 14. ~~6.1~~ Основания ответственности[57]

Вариант A пунктов 1 и 2[58]

1.~~6.1.1~~ Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место в период ответственности перевозчика, как это определяется в главе 3 ~~статье 4~~, если только перевозчик не докажет, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку или способствовавшие им, возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3) ~~6.3.2(a)~~[59].

---

[57] После того как Рабочая группа примет решение о том, какому варианту пунктов1 и 2 следует отдать предпочтение, пункты 1, 2 и 3, возможно, необходимо будет выделить в отдельные статьи.

[58] Вариант A пунктов 1 и 2 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[59] a) В пункте 34 документа A/CN.9/525 отмечалось, что содержание пункта 6.1 (в настоящее время статья 14) получило решительную поддержку. В пункте 34 документа A/CN.9/525 отмечалось также, что Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный проект с надлежащим учетом высказанных мнений и внесенных предложений. Варианты B и C подпунктов 6.1.1 и 6.1.3 (в настоящее время пункты 1 и 2) представлены в качестве возможных решений для учета высказанных мнений и предложений, как это отмечается в остальных пунктах настоящей сноски, а также в сносках 61–66 ниже.

b) Как отмечалось в пункте 31 документа A/CN.9/525, было высказано предположение о том, что подпункт 6.1.1 (в настоящее время статья 14(1)) является более близким по своему содержанию к подходу, использованному в статье 4.2(q) Гаагско–Висбийских правил, чем к подходу, используемому в статье 5.1. Гамбургских правил, который требует, чтобы перевозчик доказал, что он, его служащие или агенты приняли все меры, которые могли разумно требоваться, чтобы избежать таких обстоятельств и их последствий. Вместе с тем были высказаны некоторые критические замечания относительно того, что ссылка на "период ответственности перевозчика, как это определено в статье 4 (в настоящее время глава 3)", позволит перевозчику в значительной степени ограничить свою ответственность, поскольку, как отмечается в пункте 40 документа A/CN.9/510, были высказаны некоторые оговорки в отношении используемого в статье 7 подхода, в соответствии с которым точный момент получения и сдачи груза является предметом согласования между сторонами или вопросом, который следует регулировать путем ссылки на традиции или обычаи.

c) Как далее отмечается в пункте 31 документа A/CN.9/525, была выражена определенная озабоченность по поводу причины, по которой было сочтено необходимым отойти от формулировки, используемой в Гамбургских правилах. Было высказано предположение о том, что причина использования формулировки, отличающейся от формулировок Гаагских правил и Гамбургских правил, заключается в необходимости их совершенствования и обеспечения большей определенности (например, в отношении того обстоятельства, что ответственность перевозчика основывается на презюмируемой вине, причем этот вопрос потребовал разъяснения путем принятия общего понимания разработчиками Гамбургских правил). Противоположное мнение заключалось в том, что сочетание различных формулировок Гаагских и Гамбургских правил может увеличить неопределенность, поскольку не ясно, каким образом будет толковаться такое положение. Поскольку были высказаны различные мнения, и не существует каких-либо указаний на то, что одно из них возобладало, представляется невозможным отразить их в тексте.

d) В пункте 31 документа A/CN.9/525 было упомянуто предположение о том, что основания ответственности следует упростить путем отмены стандарта надлежащей осмотрительности и замены ее ответственностью, вытекающей из факта использования судна как такового. Это означало бы установление весьма жесткого или даже объективного стандарта ответственности. Поскольку, как указано в пункте 31 документа A/CN.9/525, была выражена поддержка в отношении требования о том, чтобы ответственность перевозчика возникала на основании вины, предлагаемое изменение, как представляется, противоречит мнению большинства.

e) В пункте 32 документа A/CN.9/525 указывается, что, хотя более высокий стандарт ответственности был установлен в документах, касающихся других видов перевозок (например, в КМЖП), более высокий стандарт был бы неприемлемым в контексте морских перевозок. В этом отношении получили поддержку элементы в дополнение к проекту

[6.1.2[60]]

2.~~6.1.3~~[61] Несмотря на положение ~~статьи~~ пункта 1 ~~6.1.1~~, если перевозчик доказывает, что он выполнил свои обязательства в соответствии с главой 4 ~~статьей~~ 5[62] и что утрата или повреждение груза или задержка в сдаче были вызваны [исключительно][63] одним из перечисленных ниже событий, [предполагается, в отсутствие доказательств обратного, что ни его действия, ни действия исполняющей стороны не вызвали такой утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им][64]][65] [перевозчик не несет ответственности за исключением случаев, когда доказано, что такая утрата, повреждение или задержка произошли по его вине или по вине исполняющей стороны][66].

а)~~i)~~ [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

статьи 6.1 (в настоящее время статья 14), например проект статьи 5 (в настоящее время глава 4), где устанавливаются позитивные обязательства перевозчика. Это предложение, как представляется, получило поддержку Рабочей группы, и его следует принять во внимание.

f) Первоначальный текст, представленный в варианте A, не устанавливает четкой связи между статьей 5 (в настоящее время глава 4) и статьей 6 (в настоящее время глава 5) проекта документа, т.е. между нарушением обязательств, установленных в статье 5 (в настоящее время глава 4) (а также распределением бремени доказывания) и ответственностью перевозчика в соответствии со статьей 6 (в настоящее время глава 5). Поэтому было предложено обеспечить такую связь.

g) В пункте 32 документа A/CN.9/525 отмечалось, что если проект документа будет применяться на основе перевозки "от двери до двери", то коллизия с положениями конвенций, касающихся наземных перевозок одним видом транспорта (таких, как КМЖП и КДПГ), будет неизбежной с учетом того, что обе конвенции устанавливают более высокий стандарт ответственности перевозчика. Вместе с тем было высказано предположение о том, что вероятность возникновения такой коллизии может быть уменьшена путем принятия приемлемой формулировки в проекте статьи 6.4 (в настоящее время статья 16), а также формулировки, используемой в отношении исполняющего перевозчика. В более общем плане было выражено сомнение в отношении того, что правила об ответственности за неисполнение обязательств, применимые в контексте перевозки "от двери до двери", должны основываться на более низком стандарте морской перевозки, вместо того, чтобы полагаться на более жестокий стандарт, регулирующий наземные перевозки.

[60] Это положение перенесено в главу 6 (в настоящее время глава 5), озаглавленную "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[61] В пункте 45 документа A/CN.9/525 отмечается, что Секретариату было предложено принять во внимание изложенные в пунктах 38–44 документа A/CN.9/525 предложения, мнения и озабоченности при подготовке будущего проекта этого положения. Превалирующая точка зрения, упомянутая в пункте 39, заключалась в том, что это положение следует сохранить. В тексте предпринимается попытка учесть высказанные Рабочей группой замечания и предложения, упомянутые в пунктах 40–43 документа A/CN.9/525.

[62] В пункте 42 документа A/CN.9/525 упоминается озабоченность по поводу того, что формулировка вступительной части текста подпункта 6.1.3 (в настоящее время пункт 2) в недостаточной мере учитывает те случаи, когда перевозчик представил доказательство одного из событий, перечисленных в подпункте 6.1.3 (в настоящее время пункт 2), но при этом были и свидетельства того, что судно могло быть непригодно к плаванью. См. также замечания по пункту 6.1 (в настоящее время статья 14), изложенные в сноске 59 выше.

[63] В пункте 42 документа A/CN.9/525 было предложено включить в этот подпункт слово "исключительно", особенно если перечисленные события будут толковаться как основание для освобождения от ответственности.

[64] В пункте 42 документа A/CN.9/525 было предложено исключить слова "или не способствовали им", также особенно если перечисленные события будут толковаться как основания для освобождения от ответственности.

[65] Эта формулировка представляет собой первый альтернативный вариант, основанный на "режиме презумпции", о котором говорится в пунктах 41 и 42 документа A/CN.9/525.

[66] Как отмечается в пункте 41 документа A/CN.9/525, эта формулировка соответствует второму альтернативному варианту, который основан на традиционном режиме освобождения от ответственности, однако применяется при условии предоставления доказательств вины перевозчика.

b)~~ii)~~ карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c)~~iii)~~ действия или упущения грузоотправителя по договору распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d)~~iv)~~ забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

[v] …[67];]

e)~~vi)~~ потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f)~~vii)~~ недостаточность или плохое состояние упаковки или маркировки;

g)~~viii)~~ скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h)~~ix)~~ обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i)~~x)~~ действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 ~~5.3~~ и 13(2) ~~5.5~~, когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

[xi] …[68];]

Вариант B пунктов 1 и 2

1. Перевозчик освобождается от ответственности, если он доказывает, что:

i) он выполнил свои обязательства в соответствии со статьей 13.1 [или что невыполнение его обязательств не вызвали такой утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им][69]] и

ii) ни его вина, ни вина его служащих или агентов не являлись причиной утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им][70] или

что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из перечисленных ниже событий:

a) ~~i)~~ [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

b) ~~ii)~~ карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c) ~~iii)~~действия или упущения грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) ~~iv)~~забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

---

[67] Перенесено в новую главу 6, озаглавленную "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[68] Перенесено в новую главу, озаглавленную "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[69] См. сноску 64 выше.

[70] Там же.

[v] ...[71];]

e) ~~vi)~~потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) ~~vii)~~ недостаточность или плохое состояние упаковки или маркировки;

g) ~~viii)~~ скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h) ~~ix)~~обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) ~~x)~~ действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 ~~5.3~~ и 13(2) ~~5.5~~, когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

[xi] ...[72];]

Тем не менее перевозчик несет ответственность за утрату, повреждение или задержку, если грузоотправитель по договору доказывает, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку [или способствовавшие им][73] возникли по его вине или по вине его сотрудников или агентов.

Вариант C пунктов 1 и 2

1. Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место в период ответственности перевозчика, как это определено в главе 3 ~~статье 4~~.

2. Перевозчик освобождается от ответственности в соответствии с пунктом 1, если он докажет, что обстоятельства, вызывавшие утрату, повреждение или задержку [или способствовавшие им][74], возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3) ~~6.3.2(a)~~.

2 бис. Предполагается, что обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, возникли не по его вине или не по вине любого лица, упомянутого в статье 15(3), если перевозчик доказывает, что утрата или повреждение груза или задержка в сдаче были вызваны [исключительно][75] одним из перечисленных ниже событий:

a) ~~i)~~ [непреодолимая сила], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстание и народные волнения;

b) ~~ii)~~ карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса];

c) ~~iii)~~действия или упущения грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) ~~iv)~~забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;

---

[71] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[72] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[73] См. сноску 64 выше.

[74] См. сноску 64 выше.

[75] См. сноску 63 выше.

[v]…[76];]

e) ~~vi)~~ потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) ~~vii)~~ недостаточность или плохое состояние упаковки или

g) ~~viii)~~ скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости;

h) ~~ix)~~ обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору, распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) ~~x)~~ действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статье 12 ~~5.3~~ и 13(2) ~~5.5~~, когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

[xi)…[77];]

Такая презумпция опровергается, если истец доказывает, что утрата, повреждение или задержка возникли по вине перевозчика или любого лица, упомянутого в статье 15(3). Кроме того, такая презумпция опровергается, если истец доказывает, что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из обстоятельств, перечисленных в статье 13(1)(a), (b) или (c). Тем не менее в таком случае перевозчик освобождается от ответственности, если он доказывает, что он выполнил обязанности, предусмотренные в статье 13.

3.~~6.1.4~~ [Если утрата, повреждение или задержка в сдаче возникает частично в результате события[78], за которое перевозчик не несет ответственности, и частично в результате события, за которое перевозчик несет ответственность, перевозчик несет ответственность за всю утрату, повреждение или задержку в сдаче, за исключением тех случаев, когда он доказывает, что определенная часть утраты вызвана событием, за которое он не несет ответственности.]

[Если утрата, повреждение или задержка в сдаче возникает частично в результате события, за которое перевозчик не несет ответственности, и частично в результате события, за которое перевозчик несет ответственность, то перевозчик

a) несет ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой сторона, ходатайствующая о возмещении ущерба в связи с утратой, повреждением или задержкой, доказывает, что такой ущерб обусловлен одним или более событиями, за которые перевозчик несет ответственность; и

b) не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой перевозчик докажет, что они обусловлены одним или более событиями, за которые перевозчик не несет ответственности.

Если доказательства, на основании которых может быть установлено общее распределение ответственности, отсутствуют, то перевозчик несет

---

[76] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[77] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[78] Как отмечается в пункте 55 документа A/CN.9/525, в одном случае было выражено беспокойство в связи с двусмысленным характером понятия "событие", а также в связи с тем, призвано ли оно ограничиваться "причиной" и будет ли оно ограничиваться перечнем презумпций, содержащимся в подпункте 6.1.3 (в настоящее время пункт 2).

ответственность за половину ущерба в результате утраты, повреждения или задержки в сдаче.][79]

[6.2 Исчисление возмещения[80]]

Статья 15.~~6.3~~ Ответственность исполняющих сторон[81]

---

[79] Исключенный текст содержался во втором альтернативном варианте в первом проекте проекта документа. Как отмечается в пункте 56 документа A/CN.9/525, первый вариант получил наибольшую поддержку в Рабочей группе и было решено сохранить только первый вариант в проекте документа для дальнейшего обсуждения на более позднем этапе. Вместе с тем Рабочая группа решила сохранить второй вариант в качестве сноски или в комментариях к проекту текста для дальнейшего рассмотрения этого варианта на более позднем этапе:

[Если утрата, повреждение или задержка в сдаче возникает частично в результате события, за которое перевозчик не несет ответственности, и частично в результате события, за которое перевозчик несет ответственность, то перевозчик

a) несет ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой сторона, ходатайствующая о возмещении ущерба в связи с утратой, повреждением или задержкой, доказывает, что такой ущерб обусловлен одним или более событиями, за которые перевозчик несет ответственность; и

b) не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче в той степени, в какой перевозчик докажет, что они обусловлены одним или более событиями, за которые перевозчик не несет ответственности.

Если доказательства, на основании которых может быть установлено общее распределение ответственности, отсутствуют, то перевозчик несет ответственность за половину ущерба в результате утраты, повреждения или задержки в сдаче.]

[80] Как предлагалось в пункте 60 документа A/CN.9/525, пункт 6.2 (в настоящее время статья 17) поставлен после статьи 6.4 (в настоящее время статья 16), с тем чтобы обеспечить более тесную связь между этим пунктом и пунктом 6.7 (в настоящее время статья 18).

[81] a) Как отмечается в пункте 64 документа A/CN.9/525, было решено сохранить пункт 6.3 (в настоящее время статья 15) при условии пересмотра текста для учета моментов, вызвавших обеспокоенность, при рассмотрении вопроса о необходимости в каких-либо дополнительных изменениях, если проект документа будет в конечном итоге применяться к перевозкам "от двери до двери".

Ниже приводится анализ упомянутых в пункте 64 "моментов, вызвавших обеспокоенность", с тем чтобы определить, какие моменты могут быть приняты во внимание при подготовке пересмотренного текста.

b) Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что охват исполняющих сторон представляет собой новеллу, которая создает право иска непосредственно к стороне, с которой стороны, заинтересованные в грузе, не состоят в договорных отношениях. Были приведены решительные доводы в пользу отказа от введения подобного новшества, поскольку оно потенциально может вызывать серьезные проблемы на практике. Было высказано несогласие с содержащимися в пункте 94 документа A/CN.9/WG.III/WP.21 заявлением о том, что исполняющая сторона не несет ответственности из деликта. В этой связи утверждалось, что деликтная ответственность исполняющей стороны представляет собой вопросы, которые регулируются национальным законодательством и на которые действие настоящего документа не распространяется. Поскольку Рабочая группа решила сохранить это положение, вышеизложенные моменты не могут быть приняты во внимание.

c) Кроме того, было высказано мнение о неясности условий, при которых ответственность может быть возложена на исполняющую сторону. Было указано, что, даже если, как представляется, утрата или повреждение должны быть "привязаны" к исполняющей стороне (т.е. утрата или повреждение должны произойти в период, когда груз находится на попечении исполняющей стороны), решение проблемы о бремени доказывания по этому вопросу представляется неочевидным. Было высказано предположение, что согласно одному из толкований может требоваться, чтобы исполняющая сторона доказала, что утрата или повреждение произошли в момент, когда груз не находился на ее попечении. Бремя доказывания должно лежать на истце, и это должно быть четко указано. В альтернативном тексте подпункта 6.3.1(a) (в настоящее время статья 15(1)) предпринимается попытка снять основания для выраженного беспокойства.

d) Было также высказано мнение о том, что, хотя в подпункте 6.3.4 (в настоящее время статья 15(6)) устанавливается принцип солидарной ответственности, в нем не указывается, каким образом может быть определен порядок регрессных исков в отношениях между сторонами. Положение становится особенно неясным с учетом того, что между заинтересованными сторонами отнюдь не обязательно должна существовать договорная

1. ~~6.3.1 a)~~ Вариант A пункта 1[82]

Исполняющая сторона несет обязательства и ответственность, возлагаемые на перевозчика в соответствии с настоящим документом, и пользуется правами и иммунитетами перевозчика, предусмотренными в настоящем документе, a) ~~i)~~ на протяжении периода, в течение которого груз находится на ее попечении; и b) ~~ii)~~ в любой другой момент в той степени, в какой она участвует в осуществлении любых мероприятий, предусмотренных договором перевозки.

Вариант B пункта 1

Исполняющая сторона несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место:

a) ~~i)~~ на протяжении периода, в течение которого груз находился на ее попечении; или

b) ~~ii)~~ в любой другой момент в той степени, в какой она участвует в осуществлении любых мероприятий, предусмотренных договором перевозки, если утрата, повреждение или задержка произошли в период осуществления таких мероприятий.

Обязательства и ответственность, возлагаемые на перевозчика в соответствии с настоящим документом, и права и иммунитеты перевозчика, предусмотренные в настоящем документе, применяются в отношении исполняющих сторон.

2. ~~b)~~ Если перевозчик соглашается взять на себя какие-либо другие обязательства помимо обязательств, возлагаемых на перевозчиков в соответствии с настоящим документом, или соглашается, что его ответственность за задержку в сдаче, утрату или повреждение груза или в связи с грузом превысит пределы, установленные в соответствии со статьями 16(2)

взаимосвязь. Тем не менее, как представляется, возможно, желательно избежать регулирования регрессных исков между сторонами, которые несут солидарную ответственность. Этого не было сделано ни в Гаагско–Висбийских правилах (статья 4 бис), ни в Гамбургских правилах (статья 7).

e) По этим причинам в пункте 64 документа A/CN.9/525 было предложено исключить пункт 6.3 (в настоящее время статья 15) и определение "исполняющей стороны" в проекте статьи 1 или в качестве альтернативы разъяснить это определение, с тем чтобы обеспечить его применение только к "физически" исполняющим сторонам. Предложение об ограничении сферы действия пункта 6.3 (в настоящее время статья 15) "физически" исполняющими сторонами получило поддержку. В этой связи было предложено исключить слова "или обязуется исполнить" из подпункта 6.3.2(a)(ii) (в настоящее время пункт 3(b)). Тем не менее существующее определение понятия "исполняющая сторона" в пункте 1.17 (в настоящее время пункт 1(e)) проекта документа содержит четкое указание на то, что таковой является сторона, которая физически исполняет любые обязанности перевозчика, и, таким образом, никаких изменений в этом положении не требуется.

f) Следует отметить, что в пунктах 251–255 документа A/CN.9/526 отмечается, что при обсуждении сферы применения документа Рабочая группа рассмотрела также вопрос о режиме в отношении исполняющих сторон. Как отмечается в пункте 256 документа A/CN.9/526, было принято решение о том, что режим исполняющих сторон согласно проекту документа представляет собой важный вопрос, который сыграет определяющую роль применительно ко всему документу и который может помочь решению других проблем, таких как включение отсылки к императивным нормам национального права в подпункт 4.2.1 (в настоящее время статья 8). Поскольку ожидалось, что будет представлено более четкое письменное предложение по этому вопросу, никакого окончательного или промежуточного решения на этом этапе принято не было.

Соответствующее предложение в настоящее время содержится в документе A/CN.9/WG.III/WP.34. С учетом этого предложения Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о режиме в отношении исполняющих сторон, а также другие рассматриваемые в этом документе вопросы.

[82] Вариант A пункта 1 основан на первоначальном тексте проекта документа.

~~6.4.2~~, 24(4) ~~6.6.4~~ и 18 ~~6.7~~, исполняющая сторона не несет обязательств в соответствии с таким соглашением, если исполняющая сторона прямо не соглашается взять на себя такие обязательства или такие пределы ответственности.

3. ~~6.3.2~~ ~~a)~~ С учетом положений пункта 5 ~~6.3.3~~ перевозчик несет ответственность за действия и бездействие

a) ~~i)~~ ~~a~~любой исполняющей стороны и

b) ~~ii)~~ любого другого лица, включая субподрядчиков и агентов исполняющей стороны, которое исполняет или обязуется исполнить любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, в той степени, в какой это лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под наблюдением или контролем перевозчика,

как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием перевозчика. Перевозчик несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие исполняющей стороны или другого лица относятся к сфере его договора, служебных обязанностей или агентских функций.

4. ~~b)~~ С учетом положений пункта 5 ~~6.3.3~~ исполняющая сторона несет ответственность за действия или бездействие любого лица, которому она делегировала исполнение любой обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, включая ее субподрядчиков, служащих или агентов, как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием исполняющей стороны. Исполняющая сторона несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие соответствующего лица относятся к сфере ее договора, служебных обязанностей или агентских функций[83].

5.~~6.3.3~~ Если к какому-либо лицу, помимо перевозчика, упомянутому в ~~статье~~ пунктах 3 и 4 ~~6.3.2~~, предъявляется иск, такое лицо имеет право воспользоваться средствами правовой защиты и ограничениями ответственности, которыми может воспользоваться перевозчик в соответствии с настоящим документом, если оно докажет, что оно действовало в пределах своего договора, служебных обязанностей или агентских функций.

5.~~6.3.4~~ Если ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза несут более одного лица, их ответственность является солидарной, но только в пределах, предусмотренных в статьях 16 ~~6.4~~, 24 ~~6.6~~ и 18 ~~6.7~~.

7.~~6.3.5~~ Без ущерба для положений статьи 19 ~~6.8~~ совокупная ответственность всех таких лиц не превышает общих пределов ответственности в соответствии с настоящим документом.

Статья 16. ~~6.4~~ Задержка[84]

1. ~~6.4.1~~ Задержка в сдаче имеет место, если груз не сдан в месте назначения, предусмотренном в договоре перевозки, до истечения прямо согласованного срока [или при отсутствии такого соглашения – до истечения срока, который было бы разумно требовать от заботливого перевозчика с учетом условий договора, особенностей вида транспорта и конкретных обстоятельств рейса].

---

[83] Исправление формулировки для отражения формулировки, используемой в подпунктах 6.3.2(a) и 6.3.3 (в настоящее время пункты 3, 4 и 5).

[84] Как отмечается в пункте 70 документа A/CN.9/525, Рабочая группа решила, что текст пункта 6.4 (в настоящее время статья 16) будет сохранен в его нынешней формулировке для продолжения его обсуждения на более позднем этапе.

2. ~~6.4.2~~ Если задержка в сдаче приводит к ущербу, который не является результатом утраты или повреждения перевозимого груза и, следовательно, не охватывается статьей 17 ~~6.2~~, сумма, подлежащая выплате в качестве возмещения за такой ущерб, ограничивается суммой, эквивалентной сумме [в … раза кратной фрахту, подлежащему уплате за задержанный сдачей груз]. Общая сумма, подлежащая уплате в соответствии с настоящим положением и статьей 18(1) ~~6.7.1~~, не превышает предела, который был бы установлен согласно статье 18(1) ~~6.7.1~~ в отношении полной утраты соответствующего груза.

[6.5 Отклонения от курса[85]]

[6.6 Палубный груз[86]]

Статья 17. ~~6.2~~ Исчисление возмещения[87]

1. ~~6.2.1 Если перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение груза~~ С учетом положений статьи 18 ~~6.7~~[88] сумма возмещения, подлежащего выплате перевозчиком за утрату или повреждение груза исчисляется по ценам на такой груз, существующим в месте и в момент сдачи груза в соответствии с договором перевозки.

2. ~~6.2.2~~ Стоимость груза определяется на основе биржевой цены или, при ее отсутствии, на основе рыночной цены, либо, при отсутствии и биржевой, и рыночной цен, на основе обычных цен на грузы такого же рода и качества в месте их сдачи.

3. ~~6.2.3~~ В случае утраты или повреждения груза и с учетом положений статьи 16 ~~6.4~~[89] перевозчик не несет ответственности за выплату какого-либо возмещения сверх того, что предусмотрено в ~~статьях~~ пунктах 1 и 2 ~~6.2.1 и 6.2.2~~, за исключением случаев, когда перевозчик и грузоотправитель по договору договорились исчислять возмещение иным способом в пределах, указанных в статье 88[90].

Статья 18. ~~6.7~~ Пределы ответственности[91]

---

[85] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[86] Перенесено в новую главу 6 "Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки [или перевозки по другим судоходным водам]". См. выше сноску 50.

[87] См. выше сноску 80.

[88] В пункте 60 документа A/CN.9/525 предлагается обеспечить связь между положениями, касающимися исчисления возмещения, и пределами ответственности.

[89] Вычеркнутые слова, как представляется, являются излишними, поскольку пункт 6.4 (в астоящее время статья 16) касается только финансового ущерба.

[90] С учетом пунктов 57–59 документа A/CN.9/525 эта формулировка предназначена для включения положений, стандартизирующих порядок исчисления возмещения, а также для учета мнения о том, что при исчислении возмещения надлежит учитывать намерение сторон, выраженное в договоре перевозки. Как отмечается в пункте 58 документа A/CN.9/525, было высказано мнение о том, что решение вопроса о включении косвенных убытков в возмещение, подлежащее уплате, должно ставиться в зависимость от намерения сторон.

[91] В пункте 85 документа A/CN.9/525 отмечалось, что Рабочая группа решила сохранить весь текст пункта 6.7 (в настоящее время статья 18) в проекте документа для продолжения его обсуждения на более позднем этапе. В ходе одиннадцатой сессии Рабочей группы обсуждался вопрос о сфере применения документа, и в рамках этого обсуждения поднимался также вопрос о пределах ответственности. Как отмечается в пунктах 257–263 документа A/CN.9/526, был выдвинут ряд предложений в отношении пределов ответственности, однако на этом этапе Секретариату не было дано никаких инструкций. Как отмечается в пункте 257 документа A/CN.9/526, широкую поддержку, тем не менее, получили мнения о том, что на нынешнем этапе обсуждения не следует предпринимать попыток достичь согласия о каких-либо конкретных суммах пределов ответственности согласно этому положению и что в проекте документа должна быть предусмотрена оперативная процедура для внесения корректировок.

1.~~6.7.1~~ С учетом положений статьи 16(2) ~~6.4.2~~ ответственность перевозчика за утрату или повреждение груза или в связи с грузом ограничивается […] расчетными единицами за место или другую единицу отгрузки или […] расчетными единицами за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше, за исключением случаев, когда характер и стоимость груза были заявлены грузоотправителем по договору до отгрузки и включены в договорные условия, ~~[~~или когда перевозчик и грузоотправитель по договору согласовали более высокую сумму по сравнению с суммой ограничения ответственности, указанной в настоящей статье~~]~~[92].

[2.~~6.7.1 бис~~ Независимо от положений пункта 1 ~~6.7.1~~, если перевозчик не может установить, произошли ли утрата или повреждение груза в ходе морской перевозки или в ходе перевозки, предшествовавшей морской перевозке или следовавшей за ней, применяется наиболее высокий предел ответственности, устанавливаемый в международных и национальных императивных положениях, регулирующих различные части перевозки][93].

3.~~6.7.2~~ Если груз перевозится в контейнере или на контейнере, места или другие единицы отгрузки, перечисленные в условиях договора, как упакованные в таком контейнере или на таком контейнере, рассматриваются как места или единицы отгрузки. В отсутствие такого перечня грузы в таких контейнерах или на таких контейнерах рассматриваются как одна единица отгрузки.

---

[92] Как отмечается в пункте 259 документа A/CN.9/526, Рабочая группа отметила, что последняя формулировка подпункта 6.7.1 (в настоящее время пункт 1) заключена в квадратные скобки в ожидании принятия решения о том, будут ли какие-либо императивные положения носить односторонний или двусторонний характер, и Рабочая группа в предварительном порядке приняла решение снять квадратные скобки.

Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть следующую альтернативную формулировку пункта 1: "С учетом положений статьи 16(2) ~~6.4.2~~ ответственность перевозчика за утрату или повреждение груза или в связи с грузом ограничивается […] расчетными единицами за место или другую единицу отгрузки или […] расчетными единицами за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. ~~за исключением случаев~~ Тем не менее, когда характер и стоимость груза были заявлены грузоотправителем по договору до отгрузки и включены в договорные условия, ~~[~~или когда перевозчик и грузоотправитель по договору согласовали более высокую сумму по сравнению с суммой ограничения ответственности~~]~~, подлежащее уплате возмещение ограничивается такой суммой". Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что заключительную дополнительную формулировку этого альтернативного текста необходимо будет вновь рассмотреть в свете статьи 88, поскольку она может оказаться излишней в случае принятия статьи 88. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть метод, который следует использовать для определения суммы, возможно на основе использования статистических данных.

[93] Кроме того, при обсуждении вопроса, касающегося режима нелокализованного ущерба, было высказано предположение, упомянутое в пункте 264 документа A/CN.9/526 и принятое Рабочей группой в пункте 267, включить этот пункт после подпункта 6.7.1 (в настоящее время пункт 1) в квадратных скобках. В нынешнем тексте это положение приводится в качестве пункта 2.

Ниже представлены следующие различные альтернативные варианты пункта 2: "Независимо от положений пункта 1, если перевозчик не может установить, произошли ли утрата или повреждение груза в ходе морской перевозки или в ходе [перевозки, предшествовавшей морской перевозке или следовавшей за ней] [любого периода, упомянутого в статье 8(1)(a) и (b)], применяется наиболее высокий предел ответственности [устанавливаемый в международных [и национальных] императивных положениях, регулирующих различные части перевозки] [предусмотренный в любой международной конвенции [или национальном законодательстве], которая может применяться в соответствии со статьей 8] [который применялся бы в отношении любого договора, который стороны могли бы заключить в отношении каждой части перевозки, связанной с использованием одного вида транспорта] [который подлежал бы применению, если бы был заключен конкретный договор в отношении этого вида транспорта]".

4.~~6.7.3~~ Расчетная единица, упоминаемая в настоящей статье, является единицей "специального права заимствования", как она определена Международным валютным фондом. Суммы, указанные в настоящей статье, переводятся в национальную валюту государства в соответствии со стоимостью этой валюты на дату судебного решения или на дату, согласованную сторонами. Стоимость в единицах "специального права заимствования" национальной валюты Договаривающегося государства, которое является членом Международного валютного фонда, исчисляется в соответствии с методом определения стоимости, применяемым Международным валютным фондом на соответствующую дату для его собственных операций и расчетов. Стоимость в единицах "специального права заимствования" национальной валюты Договаривающегося государства, которое не является членом Международного валютного фонда, исчисляется способом, установленным этим государством.

Статья 19. ~~6.8~~ Утрата права на ограничение ответственности

Ни перевозчик, ни любое лицо, упомянутое в статье 15(3) и (4) ~~6.3.2~~, не имеет права на ограничение ответственности, как это предусмотрено в статьях [16(2) ~~6.4.2~~,] 24(4) ~~6.6.4~~ и 18 ~~6.7~~ настоящего документа [или как это предусмотрено в договоре перевозки,], если истец доказывает, что [задержка в сдаче,] утрата или повреждение груза или в связи с грузом явились результатом [личного][94] действия или бездействия лица, ссылающегося на право ограничивать ответственность, совершенных либо с намерением причинить такую утрату или повреждение, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты или повреждения.

Статья 20. ~~6.9~~ Уведомление об утрате, повреждении или задержке

1.~~6.9.1~~ В отсутствие доказательства противного считается, что перевозчик сдал груз в соответствии с его описанием в договорных условиях, если уведомление[95] об утрате или повреждении груза [или в связи с грузом][96], указывающее на общий характер такой утраты или повреждения, не сделано [грузополучателем или от его имени][97] перевозчику или исполняющей стороне, которая сдала груз, до или в момент сдачи или, если утрата или повреждение не являются очевидными, в течение [трех рабочих дней] [разумного срока] [… рабочих дней в месте сдачи груза] [… календарных дней] [98], после сдачи груза. Такое уведомление не требуется в отношении утраты или повреждения,

---

[94] В ходе первоначального обсуждения этого положения, как отмечается в пункте 92 документа A/CN.9/525, Рабочая группа приняла к сведению высказанные замечания и внесенные предложения и решила сохранить текст пункта 6.8 (в настоящее время статья 19) в проекте документа для продолжения его обсуждения на более позднем этапе. Тем не менее, как отмечается в пунктах 260 и 261 документа A/CN.9/526, после обсуждения вопроса, касающегося ссылки на "личные действия или бездействие" лица, ссылающегося на права ограничить ответственность, Рабочая группа приняла решение заключить слово "личного" в квадратные скобки для продолжения обсуждения на более позднем этапе.

[95] В пункте 94 документа A/CN.9/525 отмечается, что Секретариату при подготовке пересмотренного проекта этого текста следует учесть широкую поддержку, выраженную в отношении как письменной формы уведомления, так и необходимости учесть электронные средства передачи сообщений. В пункте 2.3 (в настоящее время статья 5) проекта документа указывается, что уведомление, упоминаемое, в частности, в подпункте 6.9.1 (в настоящее время пункт 1), может даваться с использованием электронной связи; в противном случае следует использовать письменную форму.

[96] В соответствии с замечаниями, изложенными в пункте 97 документа A/CN.9/525, в квадратные скобки были заключены слова "или в связи с", а также были добавлены слова "грузополучателем или от его имени". Эти замечания, возможно, не получили достаточной поддержки.

[97] Там же.

[98] В пункте 95 документа A/CN.9/525 Секретариату было поручено заключить слова "трех рабочих" в квадратные скобки, наряду с другими возможными альтернативными вариантами.

установленных в ходе совместной проверки[99] груза грузополучателем и перевозчиком или исполняющей стороной, на которую возлагается ответственность.

2.~~6.9.2~~ Никакое возмещение не подлежит уплате в соответствии со статьей 16 ~~6.4~~, если уведомление о таком ущербе[100] не было сделано лицу, на которое возлагается ответственность, в течение 21 календарного дня после сдачи груза.

3.~~6.9.3~~ Если уведомление, упоминаемое в настоящей главе, сделано исполняющей стороне, которая сдала груз, оно имеет ту же силу, как если бы оно было сделано перевозчику, и уведомление, сделанное перевозчику, имеет ту же силу, как если бы оно было сделано исполняющей стороне, которая сдала груз.

4.~~6.9.4~~ В случае какой-либо фактической или предполагаемой утраты или повреждения стороны исковых заявлений или спора предоставляют друг другу все разумные возможности для проверки и счета груза и [для] [обеспечивают] доступ к записям документации, касающимся перевозки груза[101].

Статья 21. ~~6.10~~ Внедоговорные требования

Возражения ответчика и пределы ответственности, предусмотренные в настоящем документе, и обязательства, возлагаемые в соответствии с настоящим документом, применяются при любом иске к перевозчику или исполняющей стороне по поводу утраты или повреждения груза или в связи с грузом и задержки в сдаче такого груза[102], на которые распространяется договор перевозки, независимо от того, основан этот иск на договоре, деликте или ином правоосновании.

ГЛАВА 6. ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ [ИЛИ ПЕРЕВОЗКИ ПО ДРУГИМ СУДОХОДНЫМ ВОДАМ][103]

Статья 22. Ответственность перевозчика[104]

---

[99] Было указано, что в контексте гражданского права более уместными, возможно, являются формулировки "параллельная проверка" или "inspection contradictoire".

[100] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения формулировки, указывающей на то, что такой ущерб должен ограничиваться только ущербом в результате задержки.

[101] В пункте 100 документа A/CN.9/525 отмечается, что в это положение следует также включить ссылку на предоставление доступа к записям и документации, касающимся перевозки груза. Слова в квадратных скобках соответствуют двум альтернативным вариантам: в первом варианте такой доступ увязан с обязательством предоставить "разумные возможности", второй вариант не связан с таким обязательством, и понятие разумности в данном случае неприменимо.

[102] В пункте 102 документа A/CN.9/525 указывается, что широкую поддержку получило предложение включить ссылку на задержку в сдаче груза.

[103] Как отмечается в сноске 50 выше, с учетом выраженной в Рабочей группе широкой поддержки идеи о том, что сфера применения проекта документа должна основываться на подходе "от двери до двери", а не "от порта до порта" (см. пункт 239 документа A/CN.9/526), было сочтено, что выделение положений проекта документа, которые должны применяться только в отношении морской перевозки, может способствовать рационализации структуры проекта документа. Вследствие этого для объединения под этим заголовком из других мест в первоначальном проекте документа были перенесены следующие положения статьи 6 (в настоящее время глава 5): подпункт 6.1.2 (в настоящее время статья 22) и соответствующие части подпункта 6.1.3 (в настоящее время также в статье 22), касающиеся основания ответственности, пункт 6.5 (в настоящее время статья 23), касающийся отклонения от курса, а также пункт 6.6 (в настоящее время статья 24), касающийся палубного груза.

Вариант A[105]

1.~~6.1.2~~ [Несмотря на положения статьи 14(1) ~~6.1.1~~, перевозчик не несет ответственности ~~не отвечает~~ за утрату, повреждение или задержку, возникшие вследствие или явившиеся результатом

~~a) действий, небрежности или ошибки капитана, матросов, лоцмана или служащих перевозчика в судовождении или управлении судном;~~

~~b)~~ пожара на судне, если только он не возник вследствие действий или вины перевозчика.][106]

2.~~6.1.3 бис~~ Статья 14 применяется также в случае перечисленных ниже событий:

a) ~~v)~~ спасание или попытки спасания жизни или имущества на море; и

[b) ~~xi)~~ риски, опасности и случайности на море или в других судоходных водах;]

Вариант B

~~6.1.2 [Несмотря на положения статьи 14(1) 6.1.1, перевозчик не отвечает за утрату, повреждение или задержку, возникшие вследствие или явившиеся результатом~~

~~a) действий, небрежности или ошибки капитана, матросов, лоцмана или служащих перевозчика в судовождении или управлении судном~~;

~~b) пожара на судне, если только он не возник вследствие действий или вины перевозчика~~.][107]

~~6.1.3 бис.~~ Статья 14 применяется также в случае нижеследующих событий:

a) ~~v)~~ спасание или попытки спасания жизни или имущества на море;

[b) ~~xi)~~ риски, опасности и случайности на море или в других судоходных водах;] [и]

[c) ~~ix~~) пожар на судне, если только он не возник вследствие действий или вины перевозчика;][108]

---

104 Если для пунктов 1 и 2 статьи 14 будет выбран вариант B или C, Рабочая группа, возможно, пожелает вновь рассмотреть эту статью для выработки согласованного подхода с точки зрения изменения презумпции.

105 Вариант A статьи 22 основан на первоначальном тексте проекта документа.

106 Подпункт 6.1.2 (a) исключен с учетом заявлений, изложенных в пунктах 36 и 37 документа A/CN.9/525, поскольку широкую поддержку получило мнение о том, что изъятие этого исключения из международного режима, регулирующего морскую перевозку грузов, явилось бы важным шагом на пути к обновлению и согласованию международного транспортного права. Было также подчеркнуто, что такой шаг может иметь решающее значение в контексте установления международных правил в отношении перевозки "от двери до двери". Смежная точка зрения заключалась в том, что, хотя, по всей вероятности, изъятие общего исключения, основывающегося на ошибке в судовождении, является неизбежным, подпункт (a) следует сохранить в квадратных скобках до принятия на более позднем этапе окончательного решения в отношении того, что именуется "пакетом ответственности" (т.е. различных аспектов режима ответственности, применимого к различным затрагиваемым сторонам). Тем не менее после обсуждения Рабочая группа решила исключить подпункт (a). Подпункт 6.1.2(b) (в настоящее время статья 22(1)) сохранен в квадратных скобках в соответствии с решением Рабочей группы, упомянутым в пункте 37 документа A/CN.9/525.

В пункте 43 документа A/CN.9/525 отмечается, что было высказано предположение о том, что случай возникновения пожара на судне, если он будет сохранен, возможно, потребуется перенести из подпункта 6.1.2 в подпункт 6.1.3 (в настоящее время его положения содержатся в статье 22). Этого не было сделано в варианте A, однако это сделано в варианте B.

107 См. выше сноску 106.

Статья 23. ~~6.5~~ Отклонение от курса

1.~~a)~~ Перевозчик не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза, вызванные либо отклонением судна от курса[109] в целях спасания или попытки спасания жизни [или имущества][110] на море [, либо любым другим [разумным] отклонением судна от курса][111].

2.~~b)~~ Если в соответствии с национальным законодательством отклонение судна от курса само по себе является нарушением обязательств перевозчика, такое нарушение имеет последствия только в той степени, в какой это совместимо с положениями настоящего документа[112].

Статья 24. ~~6.6~~ Палубный груз[113]

1. ~~6.6.1~~ Груз может перевозиться на палубе или над палубой, только если

a) ~~i)~~ такая перевозка требуется в соответствии с применимым законодательством или административными правилами или положениями, или

b) ~~ii)~~ он перевозится в контейнерах или на контейнерах на палубе, которая специально предназначена для перевозки таких контейнеров, или

c) ~~iii)~~перевозка на палубе, в случаях, не охваченных в пунктах (a) ~~(i)~~ или (b) ~~(ii)~~ настоящей статьи, осуществляется в соответствии с договором перевозки или соответствует обычаям, обыкновениям и практике соответствующей отрасли или вытекает из других обыкновений или практики в данной отрасли.

2. ~~6.6.2~~ Если груз отгружается в соответствии с ~~статьей~~ пунктами 1(a) и (c) ~~6.6.1(i) и (iii)~~, перевозчик не несет ответственности за утрату или повреждение этого груза или задержку в сдаче, которые вызваны особыми рисками, связанными с его перевозкой на палубе. Если груз перевозится на палубе или над палубой в соответствии с ~~статьей~~ пунктом 1(b) ~~6.6.1 (ii)~~, перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение такого груза или за задержку в сдаче

---

[108] В пункте 43 документа A/CN.9/525 отмечается, что было высказано предположение о том, что случай возникновения пожара на судне, если он будет сохранен, возможно потребуется перенести из подпункта 6.1.2 в подпункт 6.1.3 (в настоящее время статья 22).

[109] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения после формулировки "…в сдаче груза, вызванные либо отклонением судна от курса", как это отмечается в пункте 73 документа A/CN.9/525, формулировки "санкционированным грузоотправителем, либо отклонением".

[110] В соответствии с пунктом 72 документа A/CN.9/525 ссылка на спасание имущества была заключена в квадратные скобки, поскольку были высказаны возражения против включения спасания имущества.

[111] Ссылка на любое другое разумное отклонение судна заключена в квадратные скобки, поскольку, как отмечается в пункте 73 документа A/CN.9/525, в связи с ее использованием было выражено беспокойство. В пункте 72 документа A/CN.9/525 упоминается также предложение включить в проект статьи формулировку, предусматривающую, что когда груз спасен в результате отклонения от курса и когда получено возмещение в результате такого спасания, то его можно использовать в качестве возмещения за потери, причиненные возникшей в результате этого задержкой.

[112] Альтернативная формулировка этого пункта могла бы гласить следующее: "Если в соответствии с национальным законодательством отклонение судна от курса само по себе является нарушением обязательств перевозчика, такое нарушение не лишает перевозчика или исполняющую сторону любых средств правовой защиты или ограничения ответственности, предусмотренных в настоящем документе". Если будет принята такая формулировка, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости пункта 1.

[113] В соответствии с пунктом 80 документа A/CN.9/525 Рабочая группа решила сохранить структуру и содержание пункта 6.6 (в настоящее время статья 24) для продолжения его обсуждения на более позднем этапе. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что содержание этой статьи в значительной степени зависит от определения понятия "контейнер" в статье 1 (s).

в соответствии с условиями настоящего документа без учета того, что груз перевозится на палубе или над палубой. Если груз перевозится на палубе в других случаях, помимо разрешенных в соответствии с ~~статьей~~ пунктом 1 ~~6.6.1~~, перевозчик несет ответственность, независимо от положений статьи 14 ~~6.1~~, за утрату или повреждение груза или задержку в сдаче, которые являются исключительно следствием его перевозки на палубе.

3. ~~6.6.3~~ Если груз отгружается в соответствии с ~~статьей~~ пунктом 1(c) ~~6.6.1(iii)~~, тот факт, что конкретный груз перевозится на палубе, должен быть указан в договорных условиях. При отсутствии такого указания перевозчик несет бремя доказывания того, что перевозка на палубе соответствует ~~статье~~ пункту 1(c) ~~6.6.1(iii)~~ и, если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, не может ссылаться на это положение в отношении третьей стороны, которая добросовестно приобрела такой оборотный транспортный документ или электронную запись.

4. ~~6.6.4~~ Если перевозчик в соответствии с настоящей статьей 24 ~~6.6~~ несет ответственность за утрату или повреждение груза, перевозимого на палубе, или за задержку в его сдаче, его ответственность ограничивается в той степени, в какой это предусмотрено в статьях 16 ~~6.4~~ и 18 ~~6.7~~; тем не менее, если перевозчик и грузоотправитель по договору прямо договорились, что груз будет перевозиться в трюме, перевозчик не имеет права на ограничение его ответственности в отношении любой утраты или повреждения груза, вызванных исключительно их перевозкой на палубе.

ГЛАВА 7. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГРУЗООТПРАВИТЕЛЯ ПО ДОГОВОРУ

Статья 25.

~~7.1~~ [С учетом положений договора перевозки][114] грузоотправитель по договору сдает груз, готовый для перевозки ~~и~~[115] в таком состоянии, чтобы он выдержал предполагаемую перевозку, включая его погрузку, обработку, укладку, увязку и закрепление, а также разгрузку, и что они не причинят вреда или ущерба. В случае, если груз сдается в контейнерах или на контейнерах или трейлерах, упакованных грузоотправителем по договору, грузоотправитель по договору обязан уложить, увязать и закрепить груз в контейнере или трейлере или на контейнере или трейлере таким образом, чтобы груз выдержал предполагаемую перевозку, включая погрузку, обработку и выгрузку контейнера или трейлера, и чтобы он не причинил вреда или ущерба[116].

Статья 26.

7~~.2~~ Перевозчик предоставляет грузоотправителю по договору по его просьбе такую информацию, которая известна перевозчику, и дает инструкции, которые разумно необходимы или имеют значение для грузоотправителя по договору в целях выполнения его обязательств в соответствии со статьей 25 ~~7.1~~[117].

---

[114] Как отмечается в пункте 148 документа A/CN.9/510, Рабочая группа согласилась заключить формулировку "С учетом положений договора перевозки" в квадратные скобки до завершения дальнейших консультаций и обсуждений по вопросам, касающимся содержания этого обязательства перевозчика и той степени, в которой оно должно быть оговорено свободой договора.

[115] В пунктах 145 и 148 документа A/CN.9/510 указывается на решение Рабочей группы исключить союз "и".

[116] Рабочая группа приняла к сведению упомянутое в пункте 148 документа A/CN.9/510 предложение подготовить альтернативные формулировки на основе статей 12, 13 и 17 Гамбургских правил.

[117] Как отмечается в пункте 151 документа A/CN.9/510, определенные сомнения были высказаны по вопросу о том, надлежащим ли местом для проекта положения, в центре

Статья 27.

7.~~3~~ Грузоотправитель по договору предоставляет перевозчику информацию, инструкции и документы, которые разумно необходимы для:

a) обработки и перевозки груза, включая меры предосторожности, которые должны быть приняты перевозчиком или исполняющей стороной;

b) соблюдения всех правил, положений и других требований компетентных органов в связи с предполагаемой перевозкой, включая регистрацию, оформление заявок и лицензий в отношении груза;

c) формулирования договорных условий и выдачи транспортных документов или электронных записей, включая условия, упомянутые в статье 34(1) ~~8.2.1~~(b) и (c), наименование стороны, которая будет именоваться грузоотправителем по договору в договорных условиях, и наименование грузополучателя или приказа, за исключением случаев, когда грузоотправитель по договору может разумно предполагать, что такая информация уже известна перевозчику[118].

Статья 28

~~7.4~~ Информация, инструкции и документы, которые грузоотправитель по договору и перевозчик предоставляют друг другу в соответствии со статьями 26 ~~7.2~~ и 27 ~~7.3~~, должны направляться своевременно и быть точными и полными[119].

Статья 29

Вариант A[120]

[~~7.5~~ Грузоотправитель по договору и перевозчик несут ответственность[121] как друг перед другом, так и перед грузополучателем и распоряжающейся стороной за любую утрату и повреждение, возникшие в результате невыполнения любой

внимания которого стоят обязанности перевозчика, является глава, посвященная обязательствам грузоотправителя по договору. В то же время было сочтено, что с учетом тесной связи между проектом статьи 7(2) (в настоящее время статья 26) и другими положениями проекта главы 7 (в настоящее время статьи 25–32) место, в которое помещен этот проект положения, выбрано, возможно, вполне правильно. С учетом других замечаний, упомянутых в пунктах 149–151 документа A/CN.9/510, Рабочая группа постановила сохранить этот проект положения с целью его подробного рассмотрения на одной из будущих сессий (пункт 152 документа A/CN.9/510).

[118] Как отмечается в пункте 153 документа A/CN.9/510, Рабочая группа одобрила текст пункта 7.3 (в настоящее время статья 27) в качестве хорошей основы для продолжения обсуждений на более позднем этапе.

[119] Как отмечается в пункте 154 документа A/CN.9/510, Рабочая группа согласилась сохранить этот текст для дальнейшего рассмотрения.

[120] Вариант A статьи 29 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[121] Как отмечается в пункте 156 документа A/CN.9/510, было выражено беспокойство в связи с тем, что согласно проекту статьи 7.5 (в настоящее время пункт 1) устанавливается ненадлежащий вид ответственности, поскольку обязательства, изложенные в проектах статей 7.2, 7.3 и 7.4 (в настоящее время статьи 26, 27 и 28) не носят абсолютного характера и предполагают субъективные оценочные решения. Установление строгой ответственности за несоблюдение обязательств, которое было описано в качестве гибкого и расплывчатого, являлось, по мнению ряда делегаций, чрезмерно жестким решением. Было указано также, что это положение в его нынешней формулировке является расплывчатым и что отсутствует ясность в вопросе о том, каковы будут его последствия будь то в отношении ответственности перед грузополучателем или распоряжающейся стороной, будь то в отношении вопроса о том, будет ли перевозчик нести ответственность перед грузополучателем за непредоставление грузоотправителем по договору достаточной информации об условиях или наоборот.

из сторон своих соответствующих обязательств согласно статьям 26 ~~7.2~~, 27 ~~7.3~~ и 28 ~~7.4~~.][122]

Вариант B

[1. Грузоотправитель по договору несет ответственность перед перевозчиком, грузополучателем и распоряжающейся стороной за любую утрату или повреждение [, или вред], возникшие в результате невыполнения им своих обязательств в соответствии со статьями 27 и 28.

2. Перевозчик несет ответственность перед грузоотправителем по договору, грузополучателем и распоряжающейся стороной за любую утрату или повреждение [, или вред], возникшие в результате невыполнения им своих обязательств в соответствии со статьями 26 и 28.

3. Если утрата или повреждение [или вред] возникают одновременно в результате невыполнения и грузоотправителем по договору, и перевозчиком своих соответствующих обязательств, грузоотправитель по договору и перевозчик несут солидарную ответственность перед грузополучателем или распоряжающейся стороной за любую такую утрату или повреждение [, или вред].]

Статья 30

Вариант A[123]

~~7.6~~ Грузоотправитель по договору несет ответственность перед перевозчиком за любую утрату, повреждение или вред, причиняемые грузом, и за нарушение своих обязательств в соответствии со статьей 25 ~~7.1~~, если грузоотправитель по договору не докажет, что такая утрата или повреждение были вызваны событиями или обстоятельствами, которых заботливый грузоотправитель по договору не мог избежать, или последствия которых заботливый грузоотправитель по договору был не в состоянии предупредить.

Вариант B

Грузоотправитель по договору не [отвечает] [несет ответственности] за утрату или повреждение, причиненные перевозчику или судну по любой причине, в отсутствие каких-либо действий, вины или небрежности со стороны грузоотправителя по договору, его агентов или служащих][124].

---

[122] Другие моменты, вызвавшие обеспокоенность, как это отмечается в пункте 157 документа A/CN.9/510, заключались в том, что это положение не учитывает ситуацию, когда и грузоотправитель по договору, и перевозчик несут параллельную ответственность, поскольку для подобных ситуаций предусматривается ответственность солидарная, и что это положение является также двусмысленным, поскольку не ясно, что подразумевается под словами "утрата или повреждение" по сравнению, например, с формулировкой, использованной в пункте 7.6 (в настоящее время статья 30), в которой говорится об "утрате, повреждении или вреде". В пункте 158 документа A/CN.9/510 отмечается, что Рабочая группа сделала вывод о том, что проект статьи 7.5 (в настоящее время статья 29) следует заключить в квадратные скобки до проведения его нового рассмотрения в свете опасений и предложений, упомянутых в пунктах 156 и 157. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект с возможными альтернативными текстами, учитывающими сделанные предложения. При завершении обсуждения Рабочая группа в целом согласилась с тем, что при пересмотре этого проекта положения следует надлежащим образом учесть тот факт, что информация, о которой говорится в проекте статьи 7.5 (в настоящее время статья 29), может быть передана с помощью электронных сообщений, т.е. направлена в электронную систему связи и воспроизведена с определенными изменениями или без изменений в процессе передачи. С учетом высказанных замечаний были подготовлены альтернативные тексты, содержащиеся в варианте B.

[123] Вариант A статьи 30 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[124] Как отмечается в пунктах 161 и 170 документа A/CN.9/510, было решено включить этот альтернативный текст наряду с первоначальным текстом пункта 7.6 (в настоящее время

Вариант C

Грузоотправитель по договору несет ответственность перед перевозчиком за любую утрату, повреждение или вред, причиняемый грузом, и за нарушение своих обязательств в соответствии со статьей 25, если грузоотправитель по договору не докажет, что он не вызвал или не способствовал такой утрате или повреждению[125].

Статья 31.

~~7.7~~ Если какое-либо лицо, именуемое "грузоотправителем по договору" в договорных условиях, но не являющееся грузоотправителем по договору согласно определению, содержащемуся в статье 1(d) ~~1.19~~, принимает транспортный документ или электронную запись, такое лицо a) несет обязательства и ответственность, возлагаемые на грузоотправителя по договору в соответствии с настоящей главой и в соответствии со статьей 57 ~~11.5~~, и b) пользуется правами и иммунитетами грузоотправителя по договору, предусмотренными в настоящей главе и в главе 13.

Статья 32.

~~7.8~~ Грузоотправитель по договору несет ответственность за действия или бездействие любого лица, которому он делегировал исполнение любой из своих обязанностей в соответствии с настоящей главой, включая его субподрядчиков, служащих, агентов и любых других лиц, которые прямо или косвенно действуют по его просьбе или под его надзором и контролем, как если бы такие действия или бездействие являлись его собственными действиями или бездействием. Ответственность возлагается на грузоотправителя по договору в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие соответствующего лица относятся к сфере контракта, служебных обязанностей или агентских функций такого лица[126].

ГЛАВА 8. ТРАНСПОРТНЫЕ ДОКУМЕНТЫ И ЭЛЕКТРОННЫЕ ЗАПИСИ

Статья 33. ~~8.1~~ Выдача транспортного документа или электронной записи

При сдаче груза перевозчику или исполняющей стороне

вариант A), с тем чтобы оба текста могли быть вновь рассмотрены на одной из будущих сессий Рабочей группы. В пункте 166 документа A/CN.9/510 отмечается также, что, возможно, потребуется исключить в этом альтернативном тексте ссылку на "агентов или служащих" грузоотправителя по договору, поскольку этот вопрос уже, возможно, регулируется в проекте статьи 7.8 (в настоящее время статья 32).

[125] Этот альтернативный вариант призван отразить формулировку, использованную в варианте C статей 14(1) и (2). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об использовании в этом положении аналогичной формулировки, исходя из того, какой альтернативный вариант статьи 14(1) и (2) будет принят.

[126] Как отмечается в пунктах 169 и 170 документа A/CN.9/510, Рабочая группа согласилась с тем, что пункт 7.8 (в настоящее время статья 32) является основой, на которой могут быть продолжены обсуждения с учетом различных отмеченных моментов, вызывающих обеспокоенность в том, что касается нынешней редакции этого текста. При завершении обсуждения было предложено сузить сферу действия пункта 7.8 (в настоящее время статья 32), с тем чтобы он применялся только в отношении тех обязательств грузоотправителя по договору, которые могут быть делегированы, а не также и в отношении тех обязательств, которые делегированию не подлежат. Было принято решение о сохранении текста пункта 7.8 (в настоящее время статья 32), а также предложения, изложенного в пункте 161 документа A/CN.9/510, в качестве альтернативы нынешнему тексту проекта статьи 7.6 (в настоящее время статья 30), с тем чтобы оба текста могли быть вновь рассмотрены на одной из будущих сессий Рабочей группы.

a) ~~i)~~ грузоотправитель имеет право на получение транспортного документа или, если на это соглашается перевозчик, электронной записи, свидетельствующей о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза;

b) ~~ii)~~ грузоотправитель по договору или, если грузоотправитель по договору дает перевозчику соответствующее указание, лицо, упомянутое в статье 31 ~~7.7~~, имеет право на получение от перевозчика соответствующего оборотного транспортного документа, если грузоотправитель по договору и перевозчик прямо или косвенно не договорились воздержаться от использования оборотного транспортного документа или же неиспользование такого документа соответствует обычаям, обыкновениям или практике в данной отрасли. Если в соответствии со статьей 3 ~~2.1~~ перевозчик и грузоотправитель по договору договорились использовать электронную запись, грузоотправитель по договору имеет право получить от перевозчика оборотную электронную запись, если они не договорились воздержаться от использования оборотной электронной записи или же неиспользование такой записи соответствует обычаям, обыкновениям или практике в данной отрасли[127].

Статья 34. ~~8.2~~ Договорные условия

1. ~~8.2.1~~ Договорные условия в документе или электронной записи, упомянутых в статье 33 ~~8.1~~, должны включать:

a) описание груза;

b) основные марки, необходимые для идентификации груза, как они представлены грузоотправителем по договору до получения груза перевозчиком или исполняющей стороной;

c)

i) число мест, число предметов или количество, как оно указано грузоотправителем по договору до получения груза перевозчиком или исполняющей стороной[128], и

---

[127] Как отмечается в пункте 25 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 8.1 (в настоящее время статья 33) в целом приемлемым. Кроме того, в отношении подпункта (i) (в настоящее время пункт (a)) было предложено заменить слова "транспортный документ" словом "квитанция". Хотя по причине обеспечения последовательности в использовании терминологии общее предпочтение было отдано термину "транспортный документ", было признано, что, поскольку не все транспортные документы, как они определяются в пункте 1.20 (в настоящее время статья 1(k)), выполняют функцию подтверждения получения груза перевозчиком, важно с полной ясностью обеспечить понимание того, что в соответствии с подпунктом 8.1(i) (в настоящее время пункт (a)), транспортный документ должен выполнять функцию квитанции. Далее, как отмечается в пункте 26 документа A/CN.9/526, был задан вопрос о том, может ли пункт 8.1 (в настоящее время статья 33) создать препятствия для различных существующих видов практики применительно к использованию конкретных видов транспортных документов, таких как коносаменты с пометками "принято для транспортировки" и "транспортировка на борту". В ответ было указано, что пункт 8.1 (в настоящее время статья 33) был составлен в широких формулировках, с тем чтобы охватить любые виды транспортных документов, которые могут использоваться на практике, включая любые особые виды коносаментов или даже некоторые виды необоротных транспортных накладных.

[128] Как отмечается в пункте 27 документа A/CN.9/526, Рабочая группа решила добавить эти слова. Как отмечается в пункте 28 документа A/CN.9/526, была выражена обеспокоенность в том отношении, что эти слова могут быть истолкованы как налагающие тяжелую ответственность на грузоотправителя по договору, особенно если статья 8 (в настоящее время статьи 33–40) будет читаться совместно с пунктом 7.4 (в настоящее время статья 28). В ответ было указано, что подпункт 8.2.1 (в настоящее время пункт 1) не должен толковаться как создающий какую-либо ответственность грузоотправителя по договору согласно проекту статьи 7 (в настоящее время глава 7).

ii) вес, как[129] он указан грузоотправителем по договору до получения груза перевозчиком или исполняющей стороной;

d) заявление о внешнем виде и состоянии груза в момент его получения перевозчиком или исполняющей стороной для отгрузки;

e) наименование и адрес перевозчика; и

f) дату

i) получения груза перевозчиком или исполняющей стороной,

или

ii) погрузки груза на борт судна, или

iii) выдачи транспортного документа или электронной записи[130].

2. ~~8.2.2~~ Формулировка "внешний вид и состояние груза" в ~~статье~~ пункте 1 ~~8.2.1~~ означает вид и состояние груза, определяемое на основе

a) разумной внешней проверки груза в упакованном виде в момент его сдачи грузоотправителем по договору перевозчику или исполняющей стороне и

b) любой дополнительной проверки, которую перевозчик или исполняющая сторона фактически проводят до выдачи транспортного документа или электронной записи[131].

Статья 35. ~~8.2.3~~ Подпись[132]

a) Транспортный документ подписывается перевозчиком или лицом, уполномоченным перевозчиком.

b) Электронная запись удостоверяется электронной подписью перевозчика или лица, уполномоченного перевозчиком. Для целей настоящего положения такая электронная подпись означает данные в электронной форме, которые включены в электронную запись или иным образом логически ассоциируются с ней и которые используются для идентификации подписавшего

---

[129] В пункте 28 документа A/CN.9/526 отмечается, что была выражена обеспокоенность в том отношении, что слова "как он указан грузоотправителем по договору до получения груза перевозчиком или исполняющей стороной" могут быть истолкованы как налагающие тяжелую ответственность на грузоотправителя по договору, а в ответ было указано, что это положение не должно толковаться как создающее какую-либо ответственность грузоотправителя по договору. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность замены формулировки "как он указан грузоотправителем по договору" формулировкой "если он указан грузоотправителем по договору", при этом следует проявлять осмотрительность в отношении использования этих формулировок в каждом отдельном соответствующем положении.

[130] Как отмечается в пункте 75 документа A/CN.9/526, Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о пересмотре подпункта 8.2.1 (в настоящее время пункт 1), с тем чтобы добавить наименование и адрес грузополучателя в перечень тех договорных условий, которые должны включаться в транспортный документ. См. также предложенные изменения к подпункту 10.3.1 (в настоящее время статья 48) ниже. Рабочая группа, возможно, пожелает определить, следует ли включать наименование и адрес грузополучателя в перечень обязательных условий. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о санкции за непредоставление обязательной информации. Такие санкции могут отличаться в зависимости от того, является ли транспортный документ оборотным.

[131] В пункте 31 документа A/CN.9/526 отмечается, что Рабочая группа сочла содержание подпункта 8.2.2 (в настоящее время пункт 2) в целом приемлемым.

[132] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность разработки определения понятия "подпись", как, например, в статье 14(3) Гамбургских правил, в частности, с учетом современной практики.

в связи с электронной записью и указания на то, что перевозчик разрешил выдать такую электронную запись[133].

Статья 36. ~~8.4~~ Недостатки в договорных условиях[134]

1. ~~8.2.4~~ ~~Опущение требуемых данных в договорных условиях~~

Отсутствие одного или более договорных условий, упомянутых в статье 34(1) ~~8.2.1~~, или неточность одного или более таких условий само по себе не влияет на юридический характер или действительность транспортного документа или электронной записи[135].

2. ~~8.4.1Дата~~

Если договорные условия содержат дату, однако в них не указывается значение такой даты, то такая дата считается:

a) если в договорных условиях указывается, что груз был погружен на борт судна, – датой, в которую весь груз, указанный в транспортном документе или электронной записи, был погружен на борт судна; или

b) если в договорных условиях не указывается, что груз был погружен на борт судна, – датой, в которую перевозчик или исполняющая сторона получили груз[136].

[3. ~~8.4.2~~ ~~Отсутствие наименования перевозчика~~

Если в договорных условиях не указано наименование перевозчика, однако указывается, что груз был погружен на борт поименованного судна, то перевозчиком считается зарегистрированный владелец судна. Зарегистрированный владелец может опровергнуть это утверждение, если он докажет, что судно было зарегистрировано в бербоут–чартерном реестре в момент перевозки, что переносит договорную ответственность за перевозку груза на идентифицированного фрахтователя судна по бербоут–чартеру. [Если зарегистрированный владелец опровергает предположение о том, что он является перевозчиком в соответствии с настоящей статьей, то фрахтователь судна по бербоут–чартеру в момент перевозки считается перевозчиком таким же образом, как перевозчиком считался зарегистрированный владелец.]][137]

---

[133] Как отмечается в пункте 32 документа A/CN.9/526, Рабочая группа решила, что существо подпункта 8.2.3 (в настоящее время статья 35) является в целом приемлемым, однако это положение, возможно, потребуется обсудить на более позднем этапе с целью проверки его соответствия Типовому закону ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 года. В процессе пересмотра этого положения, возможно, целесообразно учитывать статьи 14(2) и (3) Гамбургских правил.

[134] Для повышения согласованности это положение было перенесено из прежнего места в первоначальном тексте.

[135] Как отмечается в пункте 34 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 8.2.4 (в настоящее время пункт 1) в целом приемлемым.

[136] Как отмечается в пункте 55 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 8.4.1 (в настоящее время пункт 2) в целом приемлемым с учетом вопроса, поднятого в связи с электронными записями, о том, что термины "транспортный документ или электронная запись" используются по всему тексту положений главы 8 проекта документа и что повторение этой формулировки подчеркивает различие между транспортными документами и электронными записями, вместо того, чтобы сосредоточивать внимание на содержании этого документа, как это предполагается мандатом Рабочей группы.

[137] Как отмечается в пункте 60 документа A/CN.9/526, в Рабочей группе возобладало мнение о том, что в подпункте 8.4.2 (в настоящее время пункт 3) выявляется серьезная проблема, которая должна быть урегулирована в проекте документа, но что этот вопрос требует дальнейшего изучения в том, что касается других средств, при использовании которых эта проблема может быть решена, и что это положение в его нынешней редакции все еще не является удовлетворительным. Рабочая группа постановила сохранить в проекте документа

4. ~~8.4.3Внешний вид и состояние~~

Если в договорных условиях не указывается внешний вид и состояние груза в момент его получения перевозчиком или исполняющей стороной от грузоотправителя по договору, транспортный документ или электронная запись являются либо доказательством prima facie, либо убедительным доказательством в соответствии со статьей 39 ~~8.3.3~~, в зависимости от конкретного случая, того, что груз имел хороший внешний вид и состояние в момент его сдачи грузоотправителем по договору перевозчику или исполняющей стороне[138].

Статья 37. ~~8.3~~ Оговорки в отношении описания груза в договорных условиях

~~8.3.1~~ Перевозчик, если он действует добросовестно при выдаче транспортного документа или электронной записи, может включать в отношении информации, упомянутой в статье 34(1)(a) ~~8.2.1(a)~~[139] 34(1)(b) ~~8.2.1~~(b) или 34(1)(c) ~~8.2.1(c)~~, ~~соответствующую~~ оговорку в обстоятельствах и в порядке, установленных ниже для указания того, что перевозчик не несет ответственности за точность информации, представленной грузоотправителем по договору ~~в следующих обстоятельствах~~:

a) в отношении неконтейнерных грузов,

i) если перевозчик может доказать, что он не имел разумной возможности проверить информацию, представленную грузоотправителем по договору, он может ~~включить соответствующую оговорку~~ включить заявление об этом в договорные условия, указав информацию, к которой оно относится, или

ii) если перевозчик на разумных основаниях считает информацию, представленную грузоотправителем по договору неточной, он может включить положение о том, что он разумно считает точной информацией;

b) в отношении грузов, сданных перевозчику или исполняющей стороне в закрытых контейнерах, за исключением случаев[140], когда перевозчик или исполняющая сторона фактически проверяет груз внутри контейнера или ему фактически известно содержимое контейнера до выдачи транспортного документа при том, однако, условии, что в таком случае перевозчик может включить такую оговорку, если он на разумных основаниях считает информацию, представленную грузоотправителем по договору в отношении содержимого контейнера, неточной[141] перевозчик может включить ~~соответствующую~~ оговорку в договорные условия в отношении

подпункт 8.4.2 (в настоящее время пункт 3) в квадратных скобках и более подробно обсудить в последующем.

[138] Как отмечается в пункте 61 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 8.4.3 (в настоящее время пункт 4) в целом приемлемым.

[139] В пункте 36 документа A/CN.9/526 было указано на предложение включить также ссылку на подпункт 8.2.1(a) (в настоящее время статья 34(1)(a)).

[140] Формулировка "за исключением случаев, когда перевозчик или исполняющая сторона фактически проверяет груз внутри контейнера или ему фактически известно содержимое контейнера до выдачи транспортного документа при том, однако, условии, что в таком случае перевозчик может включить такую оговорку, если он на разумных основаниях считает информацию, представленную грузоотправителем по договору в отношении содержимого контейнера, неточной" перенесена во вводную формулировку с прежнего места в конце пункта, с тем чтобы четко показать, что она применяется в отношении всего пункта.

[141] Как отмечается в пункте 36 документа A/CN.9/526, другое предложение состояло в том, что в подпункт 8.3.1(b) (в настоящее время пункт (b)) следует включить формулировку, аналогичную подпункту 8.3.1 (a)(ii) (в настоящее время пункт (a)(ii)), с тем чтобы охватить ситуацию, когда перевозчик разумно считает информацию, представленную грузоотправителем по договору относительно содержания контейнера, неточной. Рабочая

i) основных марок на грузе внутри контейнера или

ii) числа упаковок, числа мест или количества груза внутри контейнера,

c) в отношении груза, сданного перевозчику или исполняющей стороне в закрытом контейнере, перевозчик может сделать оговорку в отношении любого заявления о весе груза или весе контейнера и его содержимом с прямым указанием на то, что перевозчик не взвешивал контейнер, если

i) перевозчик может доказать, что ни перевозчик, ни исполняющая сторона не взвешивали контейнер и

~~ii)~~ грузоотправитель по договору и перевозчик не договорились до поставки о том, что контейнер будет взвешиваться и вес будет указан в договорных условиях, или

ii) перевозчик может доказать, что не существовало коммерчески разумных средств проверки веса контейнера[142].

Статья 38. ~~8.3.2~~ Разумные возможности проверки и добросовестность

Для целей статьи 37 ~~8.3.1~~:

a) "разумные возможности проверки" должны быть не только физически возможными, но также коммерчески разумными;

b) перевозчик действует "добросовестно" при выдаче транспортного документа или электронной записи, если

i) перевозчику фактически не известно, что какое-либо существенное заявление в транспортном документе или электронной записи по существу ошибочно или может вводить в заблуждение и

ii) перевозчик не действует преднамеренно, когда он не определяет, является ли существенное заявление в транспортном документе или электронной записи по существу ошибочным или вводящим в заблуждение, поскольку он считает, что такое заявление может быть ошибочным или вводящим в заблуждение,

c) бремя доказывания того, действовал ли перевозчик добросовестно при выдаче транспортного документа или электронной записи, возлагается на сторону, которая утверждает, что перевозчик действовал недобросовестно[143].

группа, возможно, пожелает также принять к сведению изложенные в пункте 37 документа A/CN.9/526 предложения, состоявшие в том, что от перевозчика, принявшего решение сделать оговорку к информации, включенной в транспортный документ, следует потребовать привести основания для такой оговорки, что в проекте документа следует урегулировать ситуацию, когда перевозчик соглашается не делать оговорок к описанию груза, например с тем, чтобы не создавать препятствий для использования документарного аккредитива, однако получает гарантию со стороны грузоотправителя по договору. Еще одно предложение заключалось в том, что в случаях, когда перевозчик действует недобросовестно и намеренно не делает оговорок к информации, включенной в договор, за такое поведение должны предусматриваться санкции и перевозчик не должен иметь право ссылаться на какие-либо ограничения ответственности.

[142] Как отмечается в пункте 36 документа A/CN.9/526, было высказано мнение о том, что следует добавить надлежащую формулировку для регулирования случаев, когда отсутствуют разумные коммерческие возможности для взвешивания контейнера. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что этот подпункт призван обеспечить соответствие с положением о разумных средствах проверки, содержащимся в статье 38.

[143] Как отмечается в пункте 43 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 8.3.2 (в настоящее время статья 38) в целом приемлемым.

Статья 39. ~~8.3.3~~ Доказательство prima facie и убедительное доказательство

За исключением случаев, в отношении которых предусматривается иное в статье 40 ~~8.3.4~~, транспортный документ или электронная запись, свидетельствующие о получении груза, являются

a) доказательством prima facie получения перевозчиком груза, как он описан в договорных условиях,

b) убедительным доказательством получения перевозчиком груза, как он описан в договорных условиях

[i)] если оборотный транспортный документ и оборотная электронная запись переданы третьей стороне, действующей добросовестно [или

ii) вариант A пункта (b)(ii)[144]

если лицо, действующее добросовестно, оплатило стоимость или иным образом изменило свое положение, полагаясь на описание груза в договорных условиях].

Вариант B пункта (b)(ii)

если не было выдано оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи и грузополучатель закупил и оплатил товар, полагаясь на описание товара в договорных условиях.][145]

Статья 40. ~~8.3.4~~ Доказательные последствия оговорок

Если договорные условия содержат оговорки, которые отвечают требованиям статьи 37 ~~8.3.1~~, то транспортный документ не будет являться доказательством prima facie или убедительным доказательством в соответствии со статьей 39 ~~8.3.~~3, если в отношении описания груза сделана оговорка[146].

---

[144] Вариант A пункта (b)(ii) основан на первоначальном тексте проекта документа.

[145] Как отмечается в пункте 48 документа A/CN.9/526, в Рабочей группе возобладало мнение о том, что подпункт 8.3.3 (b)(ii) (в настоящее время пункт (b)(ii)) следует сохранить в проекте документа в квадратных скобках и что следует обратиться к Секретариату с просьбой внести в этот подпункт необходимые изменения с должным учетом высказанных мнений и сделанных предложений, упомянутых в пунктах 45–47.

[146] Как отмечается в пунктах 50–52 документа A/CN.9/526, хотя предложение о пересмотре подпункта 8.3.4 (в настоящее время статья 40) получило определенную поддержку, возобладало мнение о том, что его содержание следует сохранить для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть альтернативную формулировку подпункта 8.3.4 (в настоящее время статья 40), предложенную в пунктах 153 и 154 документа A/CN.9/WG.III/WP.21:

40(1) "Если договорные условия содержат оговорку, то транспортный документ не является доказательством prima facie или убедительным доказательством в соответствии со статьей 39 ~~8.3.3~~, если оговорка сделана в отношении описания груза и такая оговорка является "действительной" в соответствии с пунктом 2 ~~8.3.5~~".

В таком случае необходимо будет добавить новую статью 8.3.5 (возможно, в качестве пункта 2) следующего содержания:

"Оговорка в договорных условиях является действительной для целей пункта 1 статьи ~~8.3.4~~ при следующих обстоятельствах:

a) в отношении неконтейнерных грузов оговорка, которая соответствует требованиям статьи 37 ~~8.3.1~~, будет действительна согласно своим условиям;

b) в отношении грузов, поставленных в закрытых контейнерах, оговорка, которая соответствует требованиям статьи 37 ~~8.3.1~~, будет действительна согласно своим условиям, если

i) перевозчик или исполняющая сторона сдает контейнер целым и неповрежденным, за исключением таких повреждений контейнера, которые не имеют причинно–следственной связи с любой утратой или повреждением груза;

ГЛАВА 9. ФРАХТ[147]

Статья 41.

[1. ~~9.1 a)~~ Фрахт причитается при сдаче груза грузоотправителю в тот момент и в том месте, которое упомянуто в статье 7(3) ~~4.1.3~~, [и подлежит оплате, когда он причитается,][148] если стороны не договариваются о том, что фрахт причитается полностью или частично в какой-либо предшествующий момент времени.

2. ~~b)~~ Если не согласовано иное, никакой фрахт не причитается за любой груз, который утрачен до момента, с которого причитается фрахт за такой груз.

Статья 42.

Вариант A[149]

1. ~~9.2 a)~~ Фрахт подлежит оплате, когда он причитается, если стороны не договорились о том, что фрахт подлежит оплате полностью или частично в какой-либо предшествующий момент времени.

2. ~~b)~~ Если после момента, с которого фрахт причитается, груз утрачивается, повреждается или иным образом не сдается грузополучателю в соответствии с положениями договора перевозки, фрахт по-прежнему подлежит оплате, независимо от причин такой утраты, повреждения или несдачи.

3. ~~c)~~ Если не согласовано иное, сумма фрахта не подлежит взаимному зачету, списанию или сокращению на основании какого-либо встречного требования, которое грузоотправитель по договору или грузополучатель могут предъявить перевозчику, [обоснованность или сумма которого не были согласованы или установлены].

Вариант B[150]

Если после момента, с которого фрахт причитается, груз утрачивается, повреждается или иным образом не сдается грузополучателю в соответствии с положениями договора перевозки, если не согласовано иное, фрахт по-прежнему подлежит оплате, независимо от причин такой утраты, повреждения или несдачи, и сумма фрахта не подлежит также взаимному зачету, списанию или

---

ii) не существует доказательств того, что после получения контейнера перевозчиком или исполняющей стороной он был вскрыт до сдачи, за исключением случаев, когда
1) контейнер был вскрыт для целей осмотра,
2) инспекция была надлежащим образом засвидетельствована,
3) контейнер был вновь надлежащим образом закрыт после осмотра и был вновь опечатан, если он был опечатан до осмотра".

147 Как отмечается в пункте 172 документа A/CN.9/510, в качестве общего замечания было сказано, что ни Гаагские, ни Гамбургские режимы не содержат положений о фрахте и что целесообразность рассмотрения этого вопроса в проекте документа представляется сомнительной. Другие упомянутые в этом пункте оговорки в отношении включения положения о фрахте основывались на том, что в разных секторах применяется различная практика. В пункте 183 документа A/CN.9/510 отмечается, что было решено изменить структуру этого проекта положения, объединив пункты 9.1(a) (в настоящее время статья 41(1)) и 9.2(b) (в настоящее время статья 42(2)) в единое положение, оставив пункт 9.2(b) (в настоящее время статья 42(2)) в качестве самостоятельного правила и объединив также пункты 9.2(b) и (c) (в настоящее время статьи 42(2) и (3)). В предварительном порядке было также решено должным образом конкретизировать этот пункт, ограничив применение пунктов 9.2(b) и (c) (в настоящее время статьи 42(2) и (3)) случаями, когда между сторонами заключено специальное соглашение.

148 Как отмечается в пункте 174 документа A/CN.9/510, было выражено общее мнение о том, что принцип свободы договора должен применяться к определению момента, когда фрахт причитается, а также момента, когда фрахт подлежит оплате. См. также пункт 183 документа A/CN.9/510.

149 Вариант A статьи 42 основан на первоначальном тексте проекта документа.

150 См. выше сноску 147, пункт 183 документа A/CN.9/510.

сокращению на основании какого-либо встречного требования, которое грузоотправитель по договору или грузополучатель могут предъявить перевозчику, [обоснованность или сумма которого не были согласованы или установлены][151].

Статья 43.

1. ~~9.3 a)~~ Если не согласовано иное, грузоотправитель по договору несет ответственность за уплату фрахта и других сборов, связанных с перевозкой груза.

2. ~~b)~~ Если договор перевозки предусматривает, что ответственность грузоотправителя по договору или любого другого лица, указанного в договорных условиях в качестве грузоотправителя по договору, прекращается полностью или частично по наступлении определенного события или после определенного момента времени, такое прекращение ответственности недействительно:

a) ~~i)~~ в отношении любого предусмотренного в главе 7 обязательства грузоотправителя по договору или лица, упомянутого в статье 31 ~~7.7~~; или

b) ~~ii)~~ в отношении любой суммы, подлежащей уплате перевозчику в соответствии с договором перевозки за исключением тех случаев, когда перевозчик имеет надлежащее обеспечение на основании статьи 45 ~~9.5~~ или на другом основании в отношении уплаты таких сумм.

c) ~~iii)~~если это противоречит положениям статьи 62 ~~12.4~~[152].

Статья 44.

1. ~~9.4 a)~~ Если договорные условия в оборотном[153] транспортном документе или оборотной[154] электронной записи содержат указание "фрахт с предоплатой" или указание аналогичного характера, то ни держатель, ни грузополучатель не несут ответственности за уплату фрахта. Настоящее положение не применяется, если держатель или грузополучатель выступает также грузоотправителем по договору.

[Если договорные условия в необоротном транспортном документе или необоротной электронной записи содержат указание "фрахт с предоплатой" или

---

[151] Как отмечается в пункте 182 документа A/CN.9/510, широкая поддержка была выражена предложению включить в проект положения слова, которые в настоящее время заключены в квадратные скобки ("обоснованность или сумма которого не были согласованы или установлены").

[152] Как отмечается в пункте 189 документа A/CN.9/510, Рабочая группа приняла к сведению критические замечания, высказанные в отношении положения 9.3(b) (в настоящее время пункт 2) (упомянутые в пунктах 185–188 документа A/CN.9/510), и решила отложить принятие решения до завершения дополнительного изучения этого вопроса с учетом практического контекста, в котором будет применяться это положение.

[153] В пункте 110 документа A/CN.9/525 упоминается мнение о том, что содержащееся в подпункте 9.4(a) (в настоящее время пункт 1) заявление носит излишне радикальный характер, поскольку освобождает держателя и грузополучателя от любой ответственности за уплату фрахта вместо того, чтобы устанавливать презумпцию отсутствия каких-либо долговых обязательств по фрахту, что было бы более уместно. В то же время была высказана и альтернативная точка зрения, заключающаяся в том, что в подпункте 9.4(a) (в настоящее время пункт 1) не следует устанавливать презумпцию относительно уже произведенной уплаты фрахта. Одним из возможных методов учета мнения, упомянутого в пункте 110, могло бы быть проведение разграничения между оборотными и необоротными транспортными документами или электронными записями.

[154] Там же.

указание аналогичного характера, то предполагается, что грузоотправитель по договору несет ответственность за уплату фрахта.][155]

2. ~~b)~~ Вариант A пункта 2[156]

Если договорные условия в транспортном документе или в электронной записи содержат указание "фрахт при доставке" или указание аналогичного характера, [такое указание предупреждает грузополучателя о том, что он может нести ответственность за уплату фрахта] [право грузополучателя на получение груза обусловлено уплатой фрахта][157].

Вариант B пункта 2

Если договорные условия в транспортном документе или в электронной записи содержат указание "фрахт при доставке" или указание аналогичного характера, это представляет собой условие, заключающееся в том, что, помимо грузоотправителя по договору, любой держатель или грузополучатель, который принимает сдачу груза или осуществляет любые права в отношении груза, будет по совершении таких действий нести ответственность за уплату фрахта[158].

Статья 45.

1. ~~9.5 a)~~ [Несмотря на любое соглашение об обратном,] в тех случаях и в той степени, в которых в соответствии с национальным законодательством, применимым в отношении договора перевозки, грузополучатель несет ответственность за осуществление упоминаемых ниже платежей, перевозчик имеет право удерживать груз до оплаты

a) ~~i)~~ фрахта, мертвого фрахта, демереджа, возмещения ущерба в связи с задержанием и всех других возмещаемых расходов, понесенных перевозчиком в связи с грузом;

b) ~~ii)~~ любого возмещения, причитающегося перевозчику в соответствии с договором перевозки,

c) ~~iii)~~любого взноса по общей аварии, причитающегося перевозчику в связи с грузом,

или до предоставления надлежащего обеспечения в отношении таких платежей.

2. ~~b)~~ Если платеж, упомянутый в пункте 1 ~~(a)~~ настоящей статьи не произведен или не произведен в полном объеме, перевозчик имеет право реализовать груз (в

---

[155] См. выше сноску 153.

[156] Вариант A пункта 2 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[157] См. выше сноску 153.

[158] Как отмечается в пункте 111 документа A/CN.9/525, было указано, что с подпунктом 9.4(b) (в настоящее время пункт 2) тесно связаны проекты статей 12.2.2 и 12.2.4 (в настоящее время статьи 60(2) и 62) и что одновременно следует проводить рассмотрение и этих положений. Было высказано мнение, что, если грузополучатель принимает на себя какую-либо ответственность за сдачу груза, он должен также нести ответственность и за фрахт. В то же время было отмечено, что подпункт 9.4(b) (в настоящее время пункт 2) может выполнять функции по предоставлению информации и предупреждению о том, что фрахт все еще подлежит уплате. Было, однако, высказано предположение о том, что уплата фрахта должна рассматриваться в качестве условия сдачи груза грузополучателю, а не в качестве обязательства. Далее было отмечено, что в подпункте 9.4(b) (в настоящее время пункт 2) основное внимание следует уделить фактической уплате фрахта, а не тем лицам, на которых должно лежать обязательство в связи с неуплаченным фрахтом. Как отмечается в пункте 112 документа A/CN.9/525, одно из предложений исправить выявленные трудности состояло в том, чтобы заменить слова "такое указание предупреждает грузополучателя о том, что он может нести ответственность за уплату фрахта" словами "уплата фрахта является условием для реализации права грузополучателя на получение груза". В пункте 113 документа A/CN.9/525 упоминается альтернативное предложение относительно методов решения проблем, указанных в пунктах 111 и 112.

соответствии с процедурой, если такая процедура установлена, как это предусмотрено в соответствии с применимым национальным законодательством) и взыскать причитающиеся ему суммы (включая расходы на осуществление таких мер) из поступлений от такой продажи. Любая сумма, остающаяся от поступлений от такой продажи, предоставляется грузополучателю[159].

ГЛАВА 10. СДАЧА ГРУЗОПОЛУЧАТЕЛЮ

Статья 46.

~~10.1~~ Когда груз прибывает в место назначения, грузополучатель, [осуществляющий любое из своих прав в соответствии с договором перевозки][160], принимает сдачу груза в тот момент и в том месте, которые упомянуты в статье 7(3) ~~4.1.3~~. [Если грузополучатель в нарушение своего обязательства оставляет груз на попечении перевозчика или исполняющей стороны, перевозчик или исполняющая сторона действуют в отношении груза как агенты грузополучателя, но не несут никакой ответственности за утрату или повреждение такого груза, если такая утрата или повреждение не явились результатом личного действия или упущения перевозчика [или исполняющей стороны][161], совершенных либо с намерением причинить такую утрату или повреждение, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты или повреждения.][162]

Статья 47.

~~10.2~~ По просьбе перевозчика или исполняющей стороны, которая сдает груз, грузополучатель подтверждает сдачу груза перевозчиком или исполняющей стороной таким образом, как это принято в месте назначения[163].

Статья 48.

~~10.3.1~~ Если не выдается оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи:

---

[159] Хотя в отношении текста пункта 9.5 (в настоящее время статья 45) было высказано много критических замечаний, изложенных в пунктах 115–122 документа A/CN.9/525, Секретариату, как представляется, не было предложено подготовить новый проект или альтернативный проект текста. В пункте 123 документа A/CN.9/525 отмечается, что Рабочая группа постановила, что пункт 9.5 (в настоящее время статья 45) следует оставить в проекте документа для дальнейшего обсуждения на более позднем этапе.

[160] Как отмечается в пункте 67 документа A/CN.9/526, было отдано предпочтение порядку, при котором обязательство принять сдачу груза не будет зависеть от осуществления какого-либо права грузополучателем, а будет носить безусловный характер.

[161] Как отмечается в пункте 70 документа A/CN.9/526, поскольку была выражена обеспокоенность в связи с тем, что согласно второму предложению пункта 10.1 (в настоящее время статья 46) ответственность исполняющих сторон может возникнуть в результате действия или бездействия перевозчика, было предложено разъяснить этот момент с помощью добавления формулировки "или исполняющей стороны" после слов "личного действия или упущения перевозчика".

[162] Как отмечается в пункте 67 документа A/CN.9/526, было высказано мнение о возможности объединить пункты 10.1 (в настоящее время статья 46) и 10.4 (в настоящее время статьи 50, 51 и 52) или же, с тем чтобы смягчить неясности, вызываемые взаимодействием пунктов 10.1 (в настоящее время статья 46) и 10.4 (в настоящее время статьи 50, 51 и 52), исключить второе предложение пункта 10.1 (в настоящее время статья 46) и оставить пункт 10.4 (в настоящее время статьи 50, 51 и 52) в качестве самостоятельного положения. Был выбран второй из этих альтернативных вариантов, и последнее предложение было заключено в квадратные скобки.

[163] Как отмечается в пункте 73 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 10.2 (в настоящее время статья 47) в целом приемлемым.

a) ~~i)~~ если наименование и адрес грузополучателя не упомянуты в договорных условиях, распоряжающаяся сторона сообщает перевозчику эту информацию до или после прибытия груза в место назначения ~~наименование грузополучателя~~[164];

b) ~~ii)~~ вариант A пункта (b)[165]

перевозчик сдает груз грузополучателю в тот момент и в том месте, которые упомянуты в статье 7(3) ~~4.1.3~~, по предъявлении грузополучателем надлежащего удостоверения[166];

Вариант B пункта (b)

В качестве обязательного условия для сдачи груза грузополучатель предъявляет надлежащее удостоверение.

Вариант C пункта (b)

Перевозчик может отказать в сдаче груза, если грузополучатель не предъявляет надлежащего удостоверения.

c) ~~iii)~~ Если грузополучатель не требует сдачи груза перевозчиком после его прибытия в место назначения, перевозчик соответствующим образом уведомляет распоряжающуюся сторону или, если предприняв разумные усилия, он не может определить или найти распоряжающуюся сторону, – грузоотправителя по договору. В таком случае распоряжающаяся сторона или грузоотправитель по договору дают перевозчику инструкции в отношении сдачи груза. Если перевозчик не может, предприняв разумные усилия, определить и найти распоряжающуюся сторону или грузоотправителя по договору, то для целей настоящего пункта грузоотправителем по договору считается лицо, упомянутое в статье 31 ~~7.7~~[167].

Статья 49.

~~10.3.2~~ В случае выдачи оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи применяются следующие положения:

a) i) без ущерба для положений статьи 46 ~~10.1~~ держатель оборотного транспортного документа может требовать сдачи груза перевозчиком после его прибытия в место назначения, и в этом случае перевозчик сдает груз в тот момент и в том месте, которые упомянуты в статье 7(3) ~~4.1.3~~, такому держателю против возврата оборотного транспортного документа. В том случае, если было выдано более одного оригинала оборотного

---

[164] Как отмечается в пункте 77 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла принципы, закрепленные в подпункте 10.3.1 (в настоящее время статья 48), в целом приемлемыми. Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный проект с должным учетом выраженных мнений и внесенных предложений.
Предложение, упомянутое в пункте 75 документа A/CN.9/526, относительно личности грузополучателя, учтено в тексте. См. также сноску к подпункту 8.2.1 (в настоящее время статья 34(1)) выше, сноска 130.

[165] Вариант A пункта (b) основан на первоначальном тексте проекта документа.

[166] Упомянутое в пункте 76 документа A/CN.9/526 предложение пересмотреть подпункт 10.3.1(ii) (в настоящее время пункт (b)), включив в него ссылку на право перевозчика отказать в сдаче в случае непредъявления надлежащего удостоверения, не устанавливая при этом такого обязательства перевозчика, было учтено в тексте как варианта B, так и варианта C.

[167] Как отмечается в пункте 82 документа A/CN.9/526, при рассмотрении подпункта 10.3.2(b) (в настоящее время статья 49(b)) было выдвинуто предложение о том, чтобы принцип, закрепленный в этом подпункте, применялся также в случаях, когда оборотного транспортного документа не выдается. Соответствующее положение было добавлено в качестве подпункта 10.3.1(iii) (в настоящее время пункт (c)).

транспортного документа, достаточно возвратить один оригинал, и другие оригиналы утрачивают силу или перестают быть действительными;

ii) без ущерба для положений статьи 46 ~~10.1~~ держатель оборотной электронной записи может требовать сдачи груза перевозчиком после его прибытия в место назначения, и в этом случае перевозчик сдает груз в тот момент и в том месте, которые упомянуты в статье 7(3) ~~4.1.3~~, такому держателю, если он продемонстрирует в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~, что он является держателем электронной записи. После такой сдачи электронная запись утрачивает силу или действительность[168];

b) если держатель не требует сдачи груза перевозчиком после его прибытия в место назначения, перевозчик соответствующим образом уведомляет распоряжающуюся сторону или, если, предприняв разумные усилия, он не может определить или найти распоряжающуюся сторону, – грузоотправителя по договору. В таком случае распоряжающаяся сторона или грузоотправитель по договору дают перевозчику инструкции в отношении сдачи груза. Если перевозчик не может, предприняв разумные усилия, определить и найти распоряжающуюся сторону или грузоотправителя по договору, то для целей настоящего пункта грузоотправителем по договору считается лицо, упомянутое в статье 31 ~~7.7~~[169];

c) [несмотря на положения пункта (d) настоящей статьи][170], перевозчик, сдающий груз согласно инструкции распоряжающейся стороны или грузоотправителя по договору в соответствии с пунктом (b) настоящей статьи, освобождается от своих обязательств по сдаче груза [держателю] в соответствии с договором перевозки, независимо от того, был ли возвращен ему оборотный транспортный документ или смогло ли лицо, требующее сдать груз согласно

---

[168] С учетом упомянутого в пункте 80 документа A/CN.9/526 предостережения в связи с тем, что Рабочей группе потребуется тщательно изучить вопрос о сбалансированности различных прав и обязательств, а также об их последствиях в том, что касается сторон, с тем чтобы согласовать верный уровень такой сбалансированности и достичь действенного решения, Рабочая группа, как отмечается в пункте 81 документа A/CN.9/526, сочла содержание подпунктов 10.3.2(a)(i) и (ii) (в настоящее время пункты (a)(i) и (ii)) в целом приемлемым.

[169] Первое предложение, упомянутое в пункте 82 документа A/CN.9/526, состояло в том, что на перевозчике должно лежать обязательство принять оборотный транспортный документ и что, если держатель документа не предъявляет требования о сдаче груза, перевозчик должен быть обязан уведомить распоряжающуюся сторону. Эти моменты, как представляется, уже учтены в тексте подпункта 10.3.2 (b) (в настоящее время пункт (b)). В отношении второго предложения, упомянутого в пункте 82 документа A/CN.9/526, о том, чтобы изложить в этом подпункте последствия, которые будут возникать для перевозчика в случае неуведомления распоряжающейся стороны, или грузоотправителя по договору, или предполагаемого грузоотправителя по договору, были высказаны возражения, и поэтому оно не учтено в пересмотренном тексте.

[170] Как отмечается в пункте 83 документа A/CN.9/526, были высказаны сомнения относительно совместного применения подпунктов 10.3.2(c) и (d) (в настоящее время пункты (c) и (d)), поскольку добросовестный держатель, как это рассматривается в последнем положении, приобретает определенную юридическую защиту, однако юридическое положение держателя остается неясным. Была высказана просьба о внесении редакционных поправок для прояснения этого вопроса. Следует отметить, что связь между подпунктами 10.3.2(c) и (d) (в настоящее время пункты (c) и (d)) уже существует, поскольку подпункт 10.3.2(c) (в настоящее время пункт (c)) начинается словами "несмотря на положение пункта (d) настоящей статьи". Такой метод используется в других положениях проекта документа, например, в пунктах 5.3 (в настоящее время статья 12) и 6.1.3 (в настоящее время статья 14(2)). Возможны также другие альтернативные варианты, например, начать подпункт (d) словами "за исключением случаев, предусмотренных" или же добавить в конце этого пункта новое предложение следующего содержания: "Положения настоящего пункта (d) не применяются, когда груз сдается перевозчиком в соответствии с пунктом (c) настоящей статьи". Такие различные альтернативные варианты включены на предварительной основе в квадратных скобках.

оборотной электронной записи, доказать в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~, что оно является держателем;

d) [за исключением случаев, предусмотренных в пункте (c) выше,][171] если сдача груза перевозчиком в месте назначения производится без возврата оборотного транспортного документа перевозчику или без демонстрации, упомянутой в пункте (a)(ii) выше, держатель, который становится держателем после сдачи груза перевозчиком грузополучателю или лицу, уполномоченному принять такой груз в соответствии с любым договором или другим соглашением помимо договора перевозки, приобретает права [по отношению к перевозчику][172] в соответствии с договором перевозки, только если передача оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи была произведена в соответствии с договором или другим соглашением, заключенным до такой сдачи груза, за исключением случаев, когда такому держателю в момент, когда он стал держателем, не было известно или он не мог на разумной основе знать о такой сдаче. [Настоящий пункт не применяется, когда груз сдается перевозчиком в соответствии с пунктом (c) выше][173];

e) если распоряжающаяся сторона или грузоотправитель по договору не дают перевозчику надлежащих инструкций в отношении сдачи груза, [или в случаях, когда распоряжающаяся сторона или грузоотправитель по договору не могут быть найдены,][174] перевозчик может, без ущерба для любых других средств правовой защиты, которыми может обладать перевозчик в отношении такой распоряжающейся стороны или грузоотправителя по договору, воспользоваться своими правами в соответствии со статьями 50, 51 и 52 ~~10.4~~.

Статья 50

1.~~10.4.1a)~~ Если груз прибывает в место назначения и

a) ~~i)~~ груз фактически не принимается грузополучателем в тот момент и в том месте, которые упомянуты в статье 7(3) ~~4.1.3~~, [и не было заключено никакого прямого или косвенного договора между перевозчиком или исполняющей стороной и грузополучателем после договора перевозки][175] или

---

171 Как отмечается в пункте 83 документа A/CN.9/526. См. выше сноску 170.

172 В пунктах 83–88 документа A/CN.9/526 излагаются различные замечания и разъяснения в отношении подпункта 10.3.2(d) (в настоящее время пункт (d)). Первый упомянутый в пункте 88 документа A/CN.9/526 момент, вызвавший обеспокоенность, состоял в том, чтобы четко определить положение держателя, во владении которого находится оборотный транспортный документ после сдачи груза и права которого затронуты. Эту проблему, как представляется, можно решить, указав в подпункте (d), что права приобретаются по отношению к перевозчику, и поэтому соответствующая формулировка включена в это положение. Можно также добавить, что такие права возникают в результате невыполнения перевозчиком его обязательств в соответствии с пунктом 5.1 (в настоящее время статья 10), однако это, возможно, является нежелательным. Кроме того, обращается внимание на новое более широкое положение, предложенное выше для пункта 13.1 (в настоящее время статья 59). В отношении второго вопроса, вызвавшего обеспокоенность, как это отмечается в пункте 88 документа A/CN.9/526, в связи с неясностью формулировки "не мог на разумной основе знать о такой сдаче", никаких конкретных положений не предлагается.

173 Как отмечается в пункте 83 документа A/CN.9/526. См. выше сноску 170.

174 Этот текст добавлен с учетом предложения, упомянутого в пункте 89 документа A/CN.9/526, привести подпункт 10.3.2(e) (в настоящее время пункт (e)) в соответствие с подпунктом 10.3.2(b) (в настоящее время пункт (b)) за счет включения такой формулировки.

175 Как отмечается в пункте 92 документа A/CN.9/526, была выражена обеспокоенность в связи с использованием формулировки "не было заключено никакого прямого или косвенного договора между перевозчиком или исполняющей стороной и грузополучателем после договора перевозки", которая является неясной, поскольку она может быть истолкована как касающаяся договора складирования, если он подпадает под категорию "после договора перевозки"; кроме того, было указано, что затруднение вызывает и концепция "прямого или

b) ~~ii)~~ перевозчику не разрешается в соответствии с применимым законодательством или нормативными актами сдавать груз грузополучателю,

то перевозчик может воспользоваться правами и средствами правовой защиты, упомянутыми в пункте 2 ~~(b)~~.

2. ~~b)~~ В обстоятельствах, указанных в пункте 1 ~~(a)~~, перевозчик может на риск, и от имени, и за счет лица[176], имеющего права на груз, воспользоваться некоторыми или всеми из следующих прав и средств правовой защиты:

a) ~~i)~~ поместить груз на склад в любом приемлемом месте;

b) ~~ii)~~ распаковать груз, если он упакован в контейнеры, или принять другие меры в отношении груза, которые, по мнению перевозчика, могут разумно требоваться в сложившихся обстоятельствах; или

c) ~~iii)~~ способствовать продаже груза в соответствии с практикой или требованиями, предусмотренными согласно законодательству или нормативным актам того места, где находится груз в данный момент.

3. ~~c)~~ Если груз продается в соответствии с пунктом 2(c) ~~(b)(iii)~~, перевозчик может вычесть из доходов от продажи сумму, необходимую для

a) ~~i)~~ оплаты или возмещения любых расходов, понесенных в связи с грузом;

и

b) ~~ii)~~ оплаты или возмещения перевозчику любых других сумм, которые упоминаются в статье 45(1) ~~9.5(a)~~ и которые причитаются перевозчику.

С учетом таких вычетов перевозчик удерживает доходы от продажи груза в интересах лица, имеющего права на груз.

Статья 51.

~~10.4.2~~ Перевозчику разрешается воспользоваться правом, упомянутым в статье 46 ~~10.4.1~~, только после того, как он дал разумное предварительное[177] уведомление либо лицу, которое указано в договорных условиях в качестве лица, которому должно быть дано уведомление по прибытии груза в место назначения, если такое лицо указывается, либо грузополучателю, либо, в противном случае, распоряжающейся стороне или грузоотправителю по договору, о том, что груз прибыл в место назначения.

Статья 52.

~~10.4.3~~ Осуществляя свои права, упомянутые в статье 50(2) ~~10.4.1(b)~~, перевозчик или исполняющая сторона ~~действуют в качестве агента лица, имеющего права на груз, однако они не несут никакой ответственности~~ несет

косвенного". Поэтому эта формулировка заключена в квадратные скобки и в будущем может быть исключена.

[176] Как отмечается в пункте 97 документа A/CN.9/526, было высказано мнение о том, что осуществление перевозчиком своих прав согласно подпункту 10.4.1 (в настоящее время статья 50) может привести к дополнительным расходам, помимо тех, которые возникают из утраты или повреждения, и что стоимость груза может в определенных случаях не покрывать понесенных затрат. Для решения этой проблемы в подпункт 10.4.1(b) (в настоящее время пункт 2) включена формулировка "и за счет".

[177] Как отмечается в пункте 93 документа A/CN.9/526, был поднят вопрос о том, почему необходимым является только уведомление и почему перевозчик не должен ожидать ответа или реакции от лица, получающего уведомление, до осуществления своих прав. Включение формулировки "разумное предварительное" перед словом "уведомление" в подпункте 10.4.2 (в настоящее время статья 51) призвано решить эту проблему.

ответственность[178] за утрату или повреждение такого груза, только если утрата или повреждение не явились результатом [~~личных~~ действий или упущения перевозчика или исполняющей стороны, совершенных либо с намерением причинить такую утрату или повреждение, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты или повреждения][179].

ГЛАВА 11. ПРАВО РАСПОРЯЖАТЬСЯ ГРУЗОМ

Статья 53.

~~11.1~~ [Право распоряжаться грузом [означает] [включает] [охватывает] право договариваться с перевозчиком об изменении договора перевозки и право[180] в соответствии с договором перевозки давать перевозчику инструкции в отношении ~~такого~~ груза в течение срока его ответственности, как он указан в статье 7(1) ~~4.1.1~~][181]. Такое право давать инструкции перевозчику охватывает право:

a) ~~i)~~ давать или изменять инструкции в отношении груза, [которые не представляют собой изменения договора перевозки][182];

b) ~~ii)~~ требовать сдачи груза до его прибытия в место назначения;

---

[178] Как отмечается в пункте 94 документа A/CN.9/526, было высказано предостережение в связи с тем, что текст подпункта 10.4.3 (в настоящее время статья 52) может быть истолкован как предполагающий, будто бы действие или бездействие перевозчика может привести к возникновению ответственности исполняющей стороны. Исключение слов "действуют в качестве агента лица, имеющего права на груз, однако они не несут никакой ответственности" и включение слов "несет ответственность" призвано решить эту проблему.

[179] Как отмечается в пункте 94 документа A/CN.9/526, было предложено включить слова "или исполняющей стороны" после формулировки "личных действий или упущений перевозчика" и исключить слово "личных". Оба эти предложения учтены в тексте. Упомянутое в пункте 96 документа A/CN.9/526 мнение о том, что содержание подпунктов 10.4.3 (в настоящее время статья 52) и 10.4.1 (в настоящее время статья 50) является аналогичным по ряду аспектов, и это следует отразить в их формулировках, получило, как представляется, достаточную поддержку, для того чтобы отразить соответствующие изменения в тексте.

[180] Как отмечается в пункте 103 документа A/CN.9/526, было выражено мнение, что подпункт (iv) (в настоящее время пункт (d)) следует исключить, с тем чтобы сохранить односторонний характер любых инструкций, которые может дать перевозчику распоряжающаяся сторона, в отличие от любых изменений применительно к условиям договора перевозки, которые потребуют взаимного согласия сторон договора. В ответ было указано, что это положение выполняет полезную функцию в связи с определением права распоряжаться грузом, поскольку в нем четко устанавливается, что распоряжающаяся сторона в ходе перевозки должна рассматриваться в качестве контрагента перевозчика. Эти мнения были учтены путем заключения подпункта (iv) (в настоящее время пункт (d)) в квадратные скобки и включения в вводную часть пункта 11.1 (в настоящее время статья 53) формулировки, аналогичной подпункту (iv) (в настоящее время пункт (d)). Следует также отметить, что первое предложение вводной части необходимо будет изменить, если в статью 1(g) будет включено основанное на нем определение.

[181] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности изменения этого предложения и его переноса в статью 1(g), содержащую определение понятия "право распоряжаться грузом". Если Рабочая группа решит перенести это предложение, то необходимо будет вновь рассмотреть предлагаемые изменения в вводной части и в подпункте (d), о которых говорилось выше в сноске 180.

[182] Как отмечается в пункте 102 документа A/CN.9/526, была выражена обеспокоенность в отношении того, что слова "давать или изменять инструкции … , которые не представляют собой изменения договора перевозки", могут быть истолкованы как содержащие внутреннее противоречие. В ответ было указано, что требуется провести ясное существенное разграничение между упоминанием о незначительных или "нормальных" изменениях инструкций в отношении груза и более существенными изменениями договора перевозки. Эти замечания могут быть отражены в результате исключения слов, заключенных в квадратные скобки, поскольку эти слова, как представляется, являются излишними с учетом пределов, в которых такие права могут быть реализованы в соответствии с подпунктом 11.3(a) (в настоящее время статья 55(1)).

c) ~~iii)~~ заменять грузополучателя любым другим лицом, включая распоряжающуюся сторону;

[d) ~~iv)~~ договариваться с перевозчиком об изменении договора перевозки][183].

Статья 54.

1. ~~11.2 a)~~ Если не выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, то применяются следующие правила:

a) ~~i)~~ грузоотправитель по договору является распоряжающейся стороной, за исключением случаев, когда грузоотправитель по договору [и грузополучатель договариваются о том, что распоряжающейся стороной является какое-либо иное лицо и грузоотправитель по договору уведомляет об этом перевозчика. Грузоотправитель по договору и грузополучатель могут договориться о том, что распоряжающейся стороной является грузополучатель] [назначает распоряжающейся стороной грузополучателя или другое лицо][184];

b) ~~ii)~~ распоряжающаяся сторона вправе передать право распоряжаться грузом другому лицу, и при такой передаче сторона, передающая право, утрачивает свое право распоряжаться грузом. Сторона, передающая право, [или сторона, которой передается право,][185] уведомляет перевозчика о такой передаче;

c) ~~iii)~~ если распоряжающаяся сторона осуществляет право распоряжаться грузом в соответствии со статьей 53 ~~11.1~~, она представляет надлежащие удостоверяющие документы;

[d] iv] право распоряжаться грузом [прекращается] [передается грузополучателю], когда груз прибывает в место назначения и грузополучатель просит сдать груз.][186]

---

[183] См. выше сноску 180.

[184] Как отмечается в пункте 105 документа A/CN.9/526, был задан вопрос о причинах, по которым для назначения распоряжающейся стороной иного лица, чем грузоотправитель по договору, требуется согласие грузополучателя, если грузополучатель не является стороной договора перевозки. Было также указано, что если согласно договору распоряжающейся стороной является грузоотправитель по договору, то в соответствии с подпунктом (ii) (в настоящее время пункт 1(b)) ему предоставляется право в одностороннем порядке передавать свое право распоряжаться грузом любому другому лицу. Эти замечания были учтены путем заключения формулировки, следующей после слов "за исключением случаев, когда грузоотправитель по договору" в квадратные скобки для возможного исключения, а также путем включения вместо этого в квадратных скобках текста "назначает распоряжающейся стороной грузополучателя или другое лицо".

[185] Упомянутая в пункте 107 документа A/CN.9/526 обеспокоенность в отношении того, что в ряде стран переход права распоряжаться грузом не может производиться лишь в результате простого направления уведомления перевозчику лицом, которому это право передается, может быть учтено в результате исключения слов "или сторона, которой передается право" в подпункте 11.2(a)(ii) (в настоящее время пункт 1(b)). Эта формулировка заключена в квадратные скобки.

[186] Как отмечается в пункте 106 документа A/CN.9/526 и в пункте 188 документа A/CN.9/WG.III/WP.21, распоряжающаяся сторона сохраняет право распоряжаться грузом до его окончательной сдачи. Тем не менее в пункте 11.2 (в настоящее время статья 54) ничего не говорится о моменте, до которого можно пользоваться правом распоряжаться грузом в случае выдачи необоротного транспортного документа или электронной записи. Для учета этого замечания, как представляется, можно было бы включить определенную формулировку, и поэтому в текст добавлен подпункт 11(2)(a)(iv) (в настоящее время пункт 1(d)). Тем не менее следует отметить, что в пункте 106 документа A/CN.9/526 упоминается также мнение о том, что в результате этого может быть нанесен ущерб наиболее распространенной практике, когда грузоотправитель по договору дает перевозчику инструкцию не сдавать груз до получения от грузоотправителя по договору подтверждения того, что платеж за груз был осуществлен. Кроме того, поскольку в статье 53 указывается,

2. ~~b)~~ Если выдается оборотный транспортный документ, то применяются следующие правила:

a) ~~i)~~ держатель[187] или, в случае выдачи более чем одного оригинала одного оборотного транспортного документа, держатель всех оригиналов является единственной распоряжающейся стороной;

b) ~~ii)~~ держатель вправе передать право распоряжаться грузом в результате передачи оборотного транспортного документа другому лицу в соответствии со статьей 59 ~~12.1~~, и после такой передачи сторона, передающая право, утрачивает свое право распоряжаться грузом. Если было выдано более одного оригинала такого документа, для осуществления передачи права распоряжаться грузом должны быть переданы все оригиналы;

c) ~~iii)~~ для осуществления права распоряжаться грузом держатель, если перевозчик обращается с соответствующей просьбой, предъявляет оборотный транспортный документ перевозчику. Если выдано более одного оригинала такого документа, предъявляются все оригиналы [за исключением тех оригиналов, держателем которых уже является перевозчик от имени лица, желающего реализовать право распоряжаться грузом]; в противном случае право распоряжаться грузом не может быть осуществлено[188];

d) ~~iv)~~ любые инструкции, упомянутые в статье 53(b), (c) и (d) ~~11.1(ii)(iii) и (iv)~~, которые были даны держателю, после вступления в силу в соответствии со статьей 55 ~~11.3~~ указываются на оборотном транспортном документе.

3. ~~c)~~ Если выдается оборотная электронная запись:

a) ~~i)~~ держатель является единственной распоряжающейся стороной и вправе передать право распоряжаться грузом другому лицу на основе передачи оборотной электронной записи в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~, и после такой передачи сторона, передающая право, утрачивает свое право распоряжаться грузом;

b) ~~ii)~~ для осуществления права распоряжаться грузом держатель, если перевозчик обращается с соответствующей просьбой, подтверждает, действуя в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~, что он является держателем;

что право распоряжаться грузом представляет собой право давать перевозчику инструкции в течение периода ответственности в соответствии со статьей 7, возможно, не требуется указывать, когда прекращается право распоряжаться грузом.

[187] Как отмечается в пункте 109 документа A/CN.9/526, обеспокоенность, выраженная в связи со ссылкой на "держателя", как представляется, не является обоснованной с учетом определения понятия "держатель" в пункте 1.12 (в настоящее время статья 1(f)).

[188] Как отмечается в пункте 110 документа A/CN.9/526, Рабочая группа согласилась с тем, что в подпункте 11.2(b)(iii) (в настоящее время пункт 2(c)) не уделяется достаточного внимания последствиям ситуации, когда держатель не предъявляет перевозчику всех экземпляров оборотного документа, и что в подобном случае перевозчик должен иметь право отказать в выполнении инструкций, которые были даны распоряжающейся стороной. Рабочая группа в основном поддержала мнение о том, что в случае, если распоряжающаяся сторона не предъявляет всех экземпляров коносамента, право распоряжаться грузом не может быть осуществлено, и что к правилу, согласно которому распоряжающаяся сторона должна предъявить все экземпляры коносамента, следует предусмотреть исключение для ситуаций, когда один экземпляр коносамента уже находится в руках перевозчика. Для учета этих замечаний предлагается включить соответствующие формулировки в подпункт 11.2(b)(iii) (в настоящее время пункт 2(c)).

c) ~~iii)~~ любые инструкции, упомянутые в статье 53(b), (c) и (d) ~~11.1(ii), (iii) и (iv)~~, которые были даны держателем, после вступления в силу в соответствии со статьей 55 11.3 отражаются в электронной записи[189].

4. ~~d)~~ Несмотря на положения статьи 62 ~~12.4~~, лицо, не являющееся грузоотправителем по договору или лицом, упомянутым в статье 31 ~~7.7~~, которое передало право распоряжаться грузом, не воспользовавшись таким правом, освобождается после такой уступки от ответственности, которая возлагается на распоряжающуюся сторону в соответствии с договором перевозки или в соответствии с настоящим документом[190].

Статья 55.

1. ~~11.3a)~~ Вариант A пункта 1[191]

С учетом положений пунктов 2 и 3 ~~(b) и (c)~~ настоящей статьи, если любая инструкция, упомянутая в статье 53(a), (b) или (c) ~~11.1(i), (ii) или (iii)~~,

a) ~~i)~~ может быть на разумной основе выполнена в соответствии с ее условиями в тот момент, когда такая инструкция достигает лица, обязанного ее выполнить;

b) ~~ii)~~ не будет приводить к нарушению обычных операций перевозчика или исполняющей стороны; и

c) ~~iii)~~ не будет сопряжена с какими-либо дополнительными расходами, утратой или ущербом для перевозчика, исполняющей стороны и любого лица, имеющего интерес в других грузах, перевозимых этим же рейсом,

перевозчик выполняет такую инструкцию. Если можно разумно предполагать, что одно или более условий, упомянутых в подпунктах (a), (b) и (c) ~~(i), (ii) и (iii)~~ настоящего пункта, не соблюдаются, перевозчик не несет никаких обязательств по выполнению такой инструкции[192].

Вариант B пункта 1

С учетом положений пунктов 2 и 3 настоящей статьи перевозчик обязан выполнить инструкции, упомянутые в статье 53(a), (b) и (c) ~~11.1(i), (ii) (iii)~~, если:

a) ~~i)~~ лицо, дающее такие инструкции, уполномочено осуществлять право распоряжаться грузом;

b) ~~ii)~~ такие инструкции могут быть на разумной основе выполнены в соответствии с их условиями в тот момент, когда они достигают перевозчика;

---

[189] Как отмечается в пункте 112 документа A/CN.9/526, Рабочая группа отложила рассмотрение подпункта 11.2(c) (в настоящее время пункт 3) до того момента, пока у нее не выработается более четкого понимания подхода, который следует использовать применительно к вопросам электронной торговли.

[190] Как отмечается в пункте 113 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 11.2(d) (в настоящее время пункт 4) в целом приемлемым.

[191] Вариант A пункта 1 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[192] Как отмечается в пункте 117 документа A/CN.9/526, Рабочая группа пришла к общему мнению о том, что подпункт 11(3)(a) (в настоящее время пункт 1) следует пересмотреть, с тем чтобы отразить мнения и предложения, изложенные в пунктах 114–116. Было достигнуто согласие с тем, что в новой структуре этого пункта следует рассмотреть, во-первых, обстоятельства, при которых перевозчик должен придерживаться инструкций, полученных от распоряжающейся стороны, а затем последствия исполнения или неисполнения таких инструкций. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект этого положения с возможными вариантами для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

c) ~~iii)~~ такие инструкции не будут приводить к нарушению обычных операций перевозчика или исполняющего перевозчика[193].

2. ~~b)~~ В любом случае распоряжающаяся сторона ~~гарантирует~~ возмещает[194] перевозчику, исполняющей стороне и любому лицу, имеющему интерес в других грузах, перевозимых этим же рейсом, любые дополнительные расходы, которые они могут понести, и гарантирует их от любой утраты или повреждения, которые могут произойти ~~явиться~~ в результате выполнения ими любой инструкции в соответствии с настоящей статьей[195].

3. ~~c)~~ [Если перевозчик

a) ~~i)~~ разумно ожидает, что выполнение какой-либо инструкции в соответствии с настоящей статьей сопряжено с дополнительными расходами, утратой или повреждением; и

b) ~~ii)~~ тем не менее желает выполнить такую инструкцию, такой перевозчик вправе получить обеспечение от распоряжающейся стороны] Если перевозчик обращается с соответствующей просьбой, распоряжающаяся сторона предоставляет обеспечение[196] в отношении суммы разумно ожидаемых дополнительных расходов, утраты или повреждения.

4. ~~d)~~ Перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение груза в результате невыполнения инструкций распоряжающейся стороны в нарушение его обязательства в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи[197].

---

[193] Как отмечается в пункте 114 документа A/CN.9/526, для избежания противоречий между подпунктом 11.3(a)(iii) (в настоящее время пункт 1(c)) и подпунктом 11.1(ii) (в настоящее время статья 53(b)) в отношении права распоряжаться грузом и возможного возникновения "дополнительных расходов", было предложено либо предусмотреть такой порядок, при котором перевозчик не будет нести обязательство выполнять инструкцию, полученную согласно подпункту 11.1(ii) (в настоящее время статья 53(b)), либо ограничить в подпункте 11.3(a)(iii) (в настоящее время пункт 1(c)) обязательство перевозчика выполнять полученные распоряжения теми случаями, когда инструкция не приведет к "существенным" дополнительным расходам. Кроме того, как отмечается в пункте 115 документа A/CN.9/526, широкую поддержку в Рабочей группе получило предложение об исключении подпункта 11.3(a)(iii) (в настоящее время пункт 1(c)). С учетом этих предложений формулировку подпункта 11.3(a) (в настоящее время пункт 1) можно было бы изменить, как это указано выше, а право перевозчика в соответствии с подпунктом 11.3(c) (в настоящее время пункт 3) можно было бы сделать более жестким, как это отмечается ниже в сноске 196. Кроме того, исключается подпункт 11.3(a)(iii) (в настоящее время пункт 1(c)).

[194] Как отмечается в пункте 56 документа A/CN.9/510 и в пункте 118 документа A/CN.9/526, использование концепции "гарантии возмещения" может ненадлежащим образом создать впечатление о том, что распоряжающаяся сторона может стать субъектом ответственности, и что эту концепцию следует заменить концепцией "вознаграждение", которая в большей степени соответствует правомерному использованию права на распоряжение грузом распоряжающейся стороной.

[195] Изменения формулировки подпункта 11.3(b) (в настоящее время пункт 2) были произведены с учетом предложения, изложенного в пункте 117 документа A/CN.9/526, о том, что в новой структуре этого пункта следует рассмотреть, во-первых, обстоятельства, при которых перевозчик должен придерживаться инструкций, полученных от распоряжающейся стороны, а затем последствия исполнения или неисполнения таких инструкций.

[196] Хотя подпункт 11.3(c) (в настоящее время пункт 3) был сочтен "в целом приемлемым", как это отмечается в пункте 119 документа A/CN.9/526, вышеизложенные изменения были внесены с учетом замечаний по подпункту 11.3(a) (в настоящее время статья 51(1)). См. сноску 193 выше.

[197] Как отмечается в пункте 116 документа A/CN.9/526, был поднят вопрос относительно природы обязательства, накладываемого на перевозчика согласно пункту 11.3 (в настоящее время статья 55), а также вопрос о том, должен ли перевозчик нести обязательство исполнить распоряжение или же на нем должно лежать менее строгое обязательство предпринять максимальные усилия по выполнению инструкций, полученных от распоряжающейся стороны. Было высказано мнение о том, что предпочтение следует отдать первому, более жесткому виду обязательства. В то же время перевозчик не должен нести

Статья 56.

~~11.4~~ Груз, который сдается во исполнение инструкции в соответствии со статьей 53(b) ~~11.1(ii)~~, считается сданным в месте назначения, и в отношении такого груза применяются положения, касающиеся такой сдачи, установленные в главе ~~статье~~ 10[198].

Статья 57.

~~11.5~~ Если в течение периода, когда груз находится на попечении перевозчика или исполняющей стороны, перевозчику или исполняющей стороне разумно требуется информация, инструкции или документы в дополнение к информации и инструкциям или документам, упомянутым в статье 27(a) ~~7.3(a)~~, ~~он запрашивает такую информацию, инструкции или документы у распоряжающейся стороны~~ распоряжающаяся сторона, по просьбе перевозчика или такой исполняющей стороны, предоставляет такую информацию[199]. Если перевозчик после принятия разумных мер не в состоянии идентифицировать и обнаружить распоряжающуюся сторону или распоряжающаяся сторона не в состоянии предоставить надлежащую информацию, инструкции или документы перевозчику, соответствующие обязательства несет грузоотправитель по договору или лицо, упомянутое в статье 31 ~~7.7.~~

Статья 58.

~~11.6~~ Стороны по взаимной договоренности могут отходить от положений статей 53(b) и (c) ~~11.1(ii) и (iii)~~ и 55 ~~11.3~~. Стороны могут также ограничивать или исключать возможность передачи права распоряжаться грузом, упомянутую в статье 54(1)(b) ~~11.2 (a)(ii)~~. Если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, любое соглашение, упоминаемое в настоящем пункте, должно быть указано в договорных условиях или включено в них[200].

последствий неисполнения, если он сможет продемонстрировать, что он предпринял разумные усилия по выполнению инструкций или что ее выполнение было бы неразумным с учетом фактических обстоятельств. Что касается последствий неисполнения, то было высказано предположение о том, что в проекте документа этот вопрос должен регулироваться более конкретно, например на основе установления вида ответственности, лежащей на перевозчике, и последствий неисполнения инструкций для последующего исполнения договора. С учетом этих мнений был добавлен новый подпункт 11.3(d) (в настоящее время пункт 4). Что касается последствий неисполнения инструкции, то в тех случаях, когда такое исполнение должно было быть обеспечено, несомненно, предполагается, что косвенное намерение состояло в том, чтобы предусмотреть ответственность перевозчика за причиненный ущерб. Если Рабочая группа решит включить соответствующее положение, она, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть определенное ограничение такой ответственности.

198 Как отмечается в пункте 120 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 11.4 (в настоящее время статья 56) в целом приемлемым.

199 Как отмечается в пункте 121 документа A/CN.9/526, предложение предусмотреть в пункте 11.5 (в настоящее время статья 57) право выбора перевозчика между возможностью запросить инструкции у "грузоотправителя по договору или распоряжающейся стороны" не получило поддержки. Как отмечается в пункте 122 документа A/CN.9/526, предложение добавить ссылку на исполняющую сторону в дополнение к перевозчику получило общую поддержку. Кроме того, с учетом рекомендации, упомянутой в пункте 123 документа A/CN.9/526, были внесены изменения, с тем чтобы разъяснить формулировку подпункта 11.5 (в настоящее время статья 57).

200 Как отмечается в пункте 126 документа A/CN.9/526, широкую поддержку в Рабочей группе получило предложение предпринять в пересмотренном проекте пункта 11.6 (в настоящее время статья 58) попытку избежать создания впечатления о том, будто бы устанавливаются какие-либо ограничения свободы сторон отходить от положений статьи 11 (в настоящее время глава 11). Кроме того, как представляется, абсолютно ясно, что последнее предложение подпункта 11.6 (в настоящее время статья 58) должно применяться только в

ГЛАВА 12. ПЕРАДАЧА ПРАВ

Статья 59.

1. ~~12.1.1~~ Если выдается оборотный транспортный документ, держатель вправе передать права, закрепленные в этом документе, путем передачи этого документа другому лицу,

a) i) если документ является ордерным, – на основе надлежащего индоссамента либо такому другому лицу, либо в бланковой форме или,

b) ii) если выдается документ на предъявителя или документ с бланковым индоссаментом, без индоссамента или,

c) iii)если документ выдается приказу поименованной стороны и передача осуществляется между первым держателем и такой поименованной стороной, без индоссамента[201].

2. ~~12.1.2~~ Если выдается оборотная электронная запись, ее держатель вправе передать права, закрепленные в этой электронной записи, независимо от того, выдана ли она приказу или приказу поименованной стороны, на основе передачи электронной записи в соответствии с регламентом, упомянутым в статье 6 ~~2.4~~[202].

Статья 60.

1.~~12.2.1~~ Без ущерба для положений статьи 57 ~~11.5~~ любой держатель, не являющийся грузоотправителем по договору и не пользующийся какими-либо правами в соответствии с договором перевозки, не несет никакой ответственности в соответствии с договором перевозки только на том основании, что он является держателем[203].

2. ~~12.2.2~~ Любой держатель, который не является грузоотправителем по договору и не пользуется правами в соответствии с договором перевозки, принимает на себя [обязательства в соответствии с договором перевозки в той степени, в какой такие обязательства включены в оборотный транспортный документ или оборотную электронную запись или подтверждаются в них] [обязательства, возлагаемые на распоряжающуюся сторону в соответствии с главой 11, и обязательства, возлагаемые на грузоотправителя по договору в отношении оплаты фрахта, мертвого фрахта, демереджа и компенсации за задержание в той степени, в какой такие обязательства включены в оборотный транспортный документ или в оборотную электронную запись][204].

том случае, если выдается оборотный документ или электронная запись. Поэтому данный случай упомянут в пересмотренном тексте наряду с предложенным указанием на соглашения, включаемые путем ссылки.

[201] Как отмечается в пункте 133 документа A/CN.9/526, в Рабочей группе была выражена решительная поддержка сохранению текста подпункта 12.1.1 (в настоящее время статья 59(1)) в его нынешней редакции с целью содействия унификации и учета использования оборотных электронных записей. Обеспокоенность, упомянутая в пункте 132 документа A/CN.9/526, относительно режима именных оборотных документов согласно некоторым национальным законам была принята к сведению.

[202] Как отмечается в пункте 134 документа A/CN.9/526, Рабочая группа приняла к сведению, что подпункт 12.1.2 (в настоящее время пункт 2) будет обсужден на более позднем этапе совместно с другими положениями проекта документа, касающимися электронных записей.

[203] Как отмечается в пункте 136 документа A/CN.9/526, определенную поддержку в Рабочей группе получила точка зрения о том, что концепция, закрепляемая в подпункте 12.2.1 (в настоящее время пункт 1), является малозначимой. Тем не менее, как представляется, это заключение не получило достаточной поддержки в Рабочей группе.

[204] Как отмечается в пункте 140 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный подпункт 12.2.2 (в настоящее время пункт 2) с должным учетом выраженных мнений. Тем не менее мнения, изложенные в предшествующих пунктах 137–139, были весьма различными. Сторонники пересмотра текста высказали

3. ~~12.2.3~~ Любой держатель, который не является грузоотправителем по договору и который

a) ~~i)~~ в соответствии со статьей 4 ~~2.2~~ договаривается с перевозчиком заменить оборотный транспортный документ оборотной электронной записью или заменить оборотную электронную запись оборотным транспортным документом или

b) ~~ii)~~ в соответствии со статьей 59 ~~12.1~~ передает свои права, не пользуется какими-либо правами в соответствии с договором перевозки для целей ~~статей~~ пунктов 1 ~~12.2.1~~ и 2 ~~12.2.2~~[205].

Статья 61.

[~~12.3~~ Передача прав по договору перевозки, в соответствии с которым не выдается оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи, производится в соответствии с положениями ~~о передаче прав национального законодательства, касающегося договора перевозки~~ применимого права. Такая передача прав может производиться с помощью средств электронной связи. Передача права распоряжаться грузом не может быть полностью произведена без уведомления о такой передаче перевозчика [стороной, передающей право, или стороной, которой передается право]][206].

Статья 62.

[~~12.4~~ Если передача прав по договору перевозки, в соответствии с которым не выдается оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи, предусматривает переход обязательств, которые связаны с передаваемым правом или вытекают из такого права, сторона, передающая право, ~~и сторона, которой передается право, несут солидарную ответственность по таким обязательствам~~ не освобождается от ответственности за исключением случаев, когда получено согласие перевозчика.][207]

просьбу о том, чтобы в тексте этого подпункта оговаривались те виды ответственности, которые держатель, осуществивший какое-либо право согласно договору перевозки, будет принимать на себя в соответствии с этим договором. Несмотря на то, что против такой детализации были высказаны возражения, была предпринята попытка пересмотреть текст. Следует отметить, что существует соответствующий вид ответственности, который, возможно, следует рассмотреть: ответственность в отношении утраты, повреждения или вреда, возникших из-за груза (но исключая в любом случае ответственность за нарушение обязательств грузоотправителя по договору в соответствии с пунктом 7.1 (в настоящее время статья 25)).

[205] Как отмечается в пункте 141 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 12.2.3 (в настоящее время пункт 3) в целом приемлемым.

[206] Как отмечается в пункте 142 документа A/CN.9/526, была выражена обеспокоенность в связи с коллизией, которая может возникнуть между пунктом 12.3 (в настоящее время статья 61) и нормами национального права в тех странах, где уведомление о передаче прав должно направляться только лицом, осуществляющим передачу, а не этим лицом и лицом, которому право передается. Были выдвинуты альтернативные предложения, упомянутые в пункте 142 документа A/CN.9/526, однако первое предложение, предусматривавшее добавление в конце заключительного предложения ссылки на национальное право, применимое в отношение договора перевозки, может противоречить выдвинутому впоследствии предложению, которое упоминается в пункте 143 документа A/CN.9/526, сделать общую ссылку в первом предложении на "применимое право", а не на положения "применимого национального права", с тем чтобы избежать потенциально возможной сложной коллизии норм права. Таким образом, альтернативное предложение исключить заключительную формулировку "стороной, передающей право, или стороной, которой передается право" оказалось предпочтительным, и эти слова были заключены в квадратные скобки. Кроме того, предложение включить ссылку на применимое право в первое предложение было принято, и вся статья, как это и предлагалось, была заключена в квадратные скобки.

[207] Как отмечается в пункте 148 документа A/CN.9/526, в свете обсуждений проекта статьи 12 (в настоящее время глава 12), и в частности пункта 12.4 (в настоящее время статья 62),

ГЛАВА 13. ПРАВО ПРЕДЪЯВЛЯТЬ ИСКИ

Статья 63

Вариант А[208]

~~13.1~~ Без ущерба для статей 64 ~~13.2~~ и 65 ~~13.3~~ права в соответствии с договором перевозки могут быть заявлены против перевозчика и исполняющей стороны только:

a) ~~i)~~ грузоотправителем по договору,

b) ~~ii)~~ грузополучателем,

c) ~~iii)~~любой третьей стороной, которой грузоотправитель по договору или грузополучатель ~~уступил~~ передал [209] свои права,

в зависимости от того, какая из вышеупомянутых сторон понесла ущерб в результате утраты или повреждения вследствие нарушения договора перевозки,

d) ~~iv)~~ любой третьей стороной, которая приобрела права в соответствии с договором перевозки в результате суброгации в силу применимого национального законодательства, например страховщиком.

В случае любого перехода прав на предъявление исков в результате уступки или суброгации, как это указано выше, перевозчик и исполняющая сторона вправе воспользоваться всеми возражениями и ограничениями ответственности, которыми они располагают в отношении такой третьей стороны в соответствии с договором перевозки и в соответствии с настоящим документом[210].

Рабочая группа просила Секретариат подготовить и заключить в квадратные скобки пересмотренный проект пункта 12.4 (в настоящее время статья 62) с должным учетом выраженных мнений. Соответствующее предложение, упомянутое в пункте 147 документа A/CN.9/526, состояло в том, что ответственность стороны, передающей право, и стороны, которой передается право, отнюдь не обязательно должна быть солидарной. В качестве альтернативного варианта было высказано мнение о том, что сторону, передающую право, не следует освобождать от ответственности до получения согласия перевозчика.
Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий альтернативный текст для замены статей 61 и 62:
"Статья 61 бис.

1. Если не выдается оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи, передача прав по договору перевозки производится в соответствии с положениями законодательства, регулирующего договор о передаче таких прав, или, если права передаются не по договору, а иным способом, в соответствии с законодательством, регулирующим такую передачу. [Тем не менее возможность передачи прав, которые предполагается передать, определяется в соответствии с законодательством, применимым в отношении договора перевозки.]

2. Независимо от законодательства, применимого в соответствии с пунктом 1, передача может производиться электронными средствами, и уведомление о передаче, для того чтобы она была действительной, должно быть дано перевозчику [либо стороной, передающей право, либо стороной, которой передается право].

3. Если передача затрагивает обязательства, которые связаны с передаваемым правом или вытекают из такого права, сторона, передающая право, и сторона, которой передается право, несут солидарную ответственность по таким обязательствам".

[208] Вариант А статьи 63 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[209] Это изменение предлагается для того, чтобы привести формулировку, используемую в данной статье, в соответствие с формулировками в других положениях этой главы.

[210] Как отмечается в пункте 157 документа A/CN.9/526, хотя широкая поддержка была выражена исключению пункта 13.1 (в настоящее время статья 63), Рабочая группа постановила отложить принятие решения по пункту 13.1 (в настоящее время статья 63) до того момента, пока она не завершит рассмотрение проектов статей и не обсудит более подробно сферу применения проекта документа.

Вариант B

Любое право в соответствии или в связи с договором перевозки может быть заявлено любым лицом, имеющим законный интерес в исполнении любого обязательства, возникающего в соответствии или в связи с таким договором, если это лицо понесло ущерб в результате утраты или повреждения[211].

Статья 64.

~~13.2~~ В том случае, если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, держатель вправе заявить права в соответствии с договором перевозки против перевозчика или исполняющей стороны, ~~при этом он не обязан доказать, что он сам~~ независимо от того, понес ли он ущерб в результате утраты или повреждения. ~~Если такой держатель сам не понес ущерб в результате утраты или повреждения, считается, что он действует от имени страны, которая понесла ущерб в результате такой утраты или повреждения~~[212].

Статья 65.

~~13.3~~ В том случае, если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись и истцом выступает ~~одно из лиц, упомянутых в статье 13.1, которое не является~~ не держатель, такой истец, в дополнение к бремени доказывания того, что ему нанесен ущерб в результате утраты или повреждения вследствие нарушения договора перевозки, обязан доказать, что держатель не понес ущерб в результате ~~такой~~ утраты или повреждения, в отношении которой предъявляется иск[213].

ГЛАВА 14. СРОК ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ

Статья 66.

~~14.1~~ Вариант A[214]

Перевозчик освобождается от любой ответственности в отношении груза, если судебное или арбитражное разбирательство не было начато в течение [одного] года. Грузоотправитель по договору освобождается от любой ответственности в соответствии с главой 7 настоящего документа, если судебное или арбитражное разбирательство не было начато в течение [одного] года[215].

---

[211] Как отмечается в пункте 157 документа A/CN.9/526, к Секретариату была обращена просьба подготовить альтернативную формулировку в форме общего заявления, признающего право любого лица, обладающего законным интересом в договоре перевозки, осуществлять право предъявить иск в тех случаях, когда этому лицу причинены убытки или ущерб. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, охватывает ли данная формулировка соответствующим образом ситуацию экспедиционного агентства.

[212] Хотя, как представляется, Секретариату не было высказано никаких просьб в отношении пункта 13.2 (в настоящее время статья 64) (см. пункты 160 и 161 документа A/CN.9/526), с редакционной точки зрения использованную формулировку можно усовершенствовать, как это предлагается. Кроме того, возникают сомнения относительно необходимости последнего предложения. Если право держателя фактически признается независимо от того, понес ли такой держатель ущерб в результате утраты или повреждения, взаимоотношения между держателем и лицом, которое понесло ущерб в результате утраты или повреждения, выходят за рамки сферы действия проекта документа.

[213] Как следует из результатов обсуждения этого положения, отраженного в пункте 162 документа A/CN.9/526, к Секретариату не поступало никаких просьб относительно подготовки нового проекта. Тем не менее предлагается внести ряд указанных выше редакционных изменений.

[214] Вариант A статьи 66 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[215] Как отмечается в пункте 169 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат заключить слово "одного" в квадратные скобки и подготовить пересмотренный вариант пункта 14.1 (в настоящее время статья 66) с должным учетом высказанных мнений.

Вариант B

Все [права] [иски], касающиеся перевозки груза в соответствии с настоящим документом, утрачивают исковую силу [погашаются сроками], если судебное или арбитражное разбирательство не возбуждено в течение [одного] года.

Статья 67.

~~14.2~~ Срок, упомянутый в статье 66 ~~14.1~~, начинается в день, когда перевозчик завершает сдачу грузополучателю соответствующего груза в соответствии со статьей 7(3) или 7(4) ~~4.1.3 или 4.1.4~~, или, в тех случаях, когда груз не был сдан, – в последний день, когда груз должен был быть сдан. День, когда начинается срок исковой давности, не включается в этот срок[216].

В пункте 166 документа A/CN.9/526 отмечается, что был задан вопрос о причинах установления срока исковой давности для грузоотправителей по договору только применительно к их ответственности согласно статье 7 (в настоящее время глава 7) проекта документа и неупоминания также об ответственности грузоотправителей по договору в соответствии с другими статьями, например статьей 9 (в настоящее время глава 9). Было высказано также мнение о том, что в сферу действия пункта 14.1 (в настоящее время статья 66) должны быть включены все стороны, которые могут нести ответственность согласно договору перевозки. Можно предположить, что, хотя не все виды ответственности, вытекающие из договора перевозки, регулируются в проекте документа, например ответственность перевозчика за несдачу груза, было бы целесообразно, чтобы статья 14 (в настоящее время глава 14) применялась в отношении всех видов ответственности, регулируемых в проекте документа.

Упомянутое в пункте 166 документа A/CN.9/526 предложение просто указать, что предъявление любого иска согласно проекту документа не будет допускаться (или любое право будет утрачиваться) может оказаться приемлемым решением.

Кроме того, как отмечается в пункте 167 документа A/CN.9/526, был поднят вопрос о том, происходит ли в результате течения времени утрата права или же это препятствует предъявлению иска. Течение времени приводит к утрате права в соответствии с Гаагско–Висбийскими правилами (статья 3(6)), КМЖП–МГК (статья 47), Варшавской конвенцией (статья 29) и, возможно, КДПГ (статья 32). Оно исключает возможность предъявления иска в соответствии с Гамбургскими правилами (статья 20), Конвенцией о смешанных перевозках 1980 года (статья 25), КПГВ (статья 24) и Монреальской конвенцией (статья 35). В настоящее время представляется желательным рассмотреть оба альтернативных варианта. Поэтому в варианте B предлагается альтернативный текст.

[216] Как отмечается в пункте 174 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат сохранить текст пункта 14.2 (в настоящее время статья 67) и подготовить, возможно, альтернативные варианты, отражающие высказанные мнения.

Как отмечается в пункте 170 документа A/CN.9/526, было высказано мнение о том, что, поскольку день сдачи груза, "предусматриваемый в договоре перевозки", может представлять собой намного более раннюю дату, чем день фактической сдачи, день фактической сдачи груза представляется более предпочтительной датой. Тем не менее было выражено беспокойство в связи с тем, что сдача груза может быть в одностороннем порядке отсрочена грузополучателем. В тексте содержится ссылка на день, "когда перевозчик завершает сдачу", что соответствует дню фактической сдачи. С учетом формулировки, содержащейся в подпункте 4.1.1 (в настоящее время статья 7(1)), для обеспечения согласованности можно было бы добавить слово "грузополучателю".

Кроме того, как отмечается в пункте 171 документа A/CN.9/526, была выражена обеспокоенность в связи с выбором "последнего дня", когда груз должен быть сдан, в качестве даты начала течения срока исковой давности в тех случаях, когда груз сдан не был. Может оказаться довольно трудно найти альтернативный вариант для данной формулировки, и в любом случае, если груз не был сдан, то "последний день" установить еще труднее. Эти слова предлагается исключить.

Как отмечается в пункте 172 документа A/CN.9/526, было также выражено беспокойство в связи с тем, что истец может ожидать конца срока исковой давности для заявления своего требования, что может послужить препятствием для предъявления ему встречного иска по причине истечения срока давности. Возможное решение этой проблемы могло бы состоять во включении встречных исков в число оснований, предусмотренных в подпункте 14.4(b)(ii) (в настоящее время статья 69(b)(ii)), как это отмечается в пункте 172, или же в разработке

Статья 68.

~~14.3~~ Лицо, к которому предъявлено требование, может в любое время в течение срока исковой давности продлить этот срок путем заявления, сделанного заявителю требования. Этот срок может быть продлен путем другого заявления или заявлений[217].

Статья 69.

~~14.4~~ Иск о возмещении может быть предъявлен любым лицом, признанным ответственным в соответствии с настоящим документом, даже по истечении срока исковой давности, упомянутого в статье 66 ~~14.1~~, если иск о возмещении предъявляется в зависимости от того, что заканчивается позднее, в пределах

a) срока, предоставленного по закону государства, в котором возбуждено разбирательство; или

b) Вариант A[218]

90 дней, начиная со дня, когда лицо, предъявляющее иск о возмещении, либо

i) оплатило требование, либо

ii) получило повестку о возбуждении процесса против него самого.

Вариант B

90 дней, начиная со дня, когда либо

i) лицо, предъявляющее иск о возмещении, оплатило требование; либо

ii) в отношении лица, предъявляющего иск о возмещении, вынесено окончательное судебное решение, не подлежащее обжалованию[219].

Статья 70.

~~14.4 бис~~ Встречный иск лица, несущего ответственность в соответствии с настоящим документом, может быть предъявлен даже после истечения срока исковой давности, упомянутого в статье 66 ~~14.1~~ при условии, что он предъявляется в течение 90 дней, начиная со дня, когда лицо, предъявляющее

отдельного пункта проекта документа. См. ниже альтернативный текст пункта 14.5 (в настоящее время статья 71).

Было высказано также упомянутое в пункте 173 документа A/CN.9/526 мнение о том, что применительно к искам в отношении грузоотправителя по договору следует установить иной день начала течения срока давности, чем применительно к искам в отношении перевозчика. Такое решение, как представляется, необоснованно усложнит текст.

[217] Как отмечается в пункте 175 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание пункта 14.3 (в настоящее время статья 68) в целом приемлемым.

[218] Вариант A статьи 69 основан на первоначальном тексте проекта документа.

[219] Как отмечается в пункте 178 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный проект пункта 14.4 (в настоящее время статья 69) с должным учетом высказанных мнений.

В пункте 176 документа A/CN.9/526 отмечается, что в некоторых странах системы гражданского права возбудить иск о возмещении невозможно до вынесения окончательного решения по соответствующему делу, и было высказано мнение о том, что срок в 90 дней должен быть скорректирован таким образом, чтобы началом его течения была дата вступления в силу судебного решения. Была предложена альтернативная формулировка, согласно которой течение срока в 90 дней должно начинаться со дня, когда судебное решение в отношении лица, против которого заявляются регрессные требования, становится окончательным и не подлежащим обжалованию. Эти предложения отражены в варианте B.

встречный иск, получило повестку о возбуждении процесса против него самого[220].

Статья 71.

[14.5 Если зарегистрированный владелец судна опровергает презумпцию того, что он является перевозчиком в соответствии со статьей 36(3) ~~8.4.2~~, иск фрахтователю по бербоут-чартеру может быть предъявлен даже после истечения срока исковой давности, упомянутого в статье 66 ~~14.1~~, если такой иск предъявляется в зависимости от того, что заканчивается позднее, в пределах

a) срока, предоставленного по закону государства, в котором возбуждено разбирательство; или

b) 90 дней, начиная со дня, когда зарегистрированный владелец

[i) доказывает, что судно было зафрахтовано на условиях бербоут-чартера в момент перевозки и]

[ii)] надлежащим образом идентифицирует фрахтователя по бербоут-чартеру.][221]

ГЛАВА 15. ЮРИСДИКЦИЯ[222]

Вариант A

---

[220] В пункте 177 документа A/CN.9/526 отмечается, что необходимо разработать положение в отношении встречных исков либо в соответствии с подпунктом 14.4(b)(ii) (в настоящее время статья 69(b)(ii)), либо в отдельном подпункте, однако этот вопрос должен решаться в порядке, аналогичном подпункту 14.4(b)(ii) (в настоящее время статья 69(b)(ii)). В пункте 14.4 бис (в настоящее время статья 70) такое положение представлено в качестве отдельной статьи.

[221] Как отмечается в пункте 182 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный проект пункта 14.5 (в настоящее время статья 71) с должным учетом высказанных мнений. Было также указано, что Рабочая группа просила Секретариат сохранить подпункт 8.4.2 (в настоящее время статья 36(3)) в квадратных скобках и что поэтому она просила Секретариат сохранить пункт 14.5 (в настоящее время статья 71) в квадратных скобках с учетом того факта, что судьба этого последнего положения связана с решением вопроса о пункте 8.4.2.

В пункте 179 документа A/CN.9/526 было указано на связь между пунктом 14.5 (в настоящее время статья 71) и подпунктом 8.4.2 (в настоящее время статья 36(3)), и квадратные скобки, в которые был заключен пункт 14.5 (в настоящее время статья 71), были сохранены.

Как указывается в пункте 180 документа A/CN.9/526, были выражены сомнения в том, что срок в 90 дней будет сколь-либо полезным, если заинтересованные в грузе истцы будут сталкиваться с проблемами при установлении личности перевозчика. Эта проблема, как представляется, решается в существующей формулировке подпункта 14.5(b)(ii) (в настоящее время пункт (b)(ii)).

Было также высказано мнение о том, что подпункты (i) и (ii) подпункта 14.5(b) (в настоящее время пункт (b)) следует свести воедино, поскольку подпункт (ii) может быть сочтен устанавливающим условие, достаточно жесткое для того, чтобы охватить подпункт (i). В связи с этим предлагается пересмотренный текст.

[222] Как отмечается в пункте 159 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат подготовить проект положения по вопросам юрисдикции и арбитража с возможными вариантами, отражающими различные мнения и предложения, высказанные в ходе обсуждения.

Было подготовлено два альтернативных варианта положений по вопросам юрисдикции и арбитража, которые основаны на статьях 21 и 22 Гамбургских правил с необходимыми редакционными изменениями. В варианте A глав 15 и 16 в полном объеме воспроизводятся положения Гамбургских правил, в то время как в варианте B глав 15 и 16 опущены те пункты, которые должны быть исключены по мнению Международного подкомитета ММК по унификации права в области международных перевозок (см. MI Yearbook 1999, p. 113 и более подробно CMI Yearbook 1997, p. 350–356).

Статья 72.

В случае судебного разбирательства, связанного с перевозкой груза в соответствии с настоящим документом, истец по своему выбору может предъявить иск в суде, который является компетентным в соответствии с законодательством государства суда и в пределах юрисдикции которого находится одно из следующих мест:

a) основное коммерческое предприятие или, при отсутствии такового, постоянное местожительство ответчика, или

[b) место заключения договора при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, отделение или агентство, через посредство которого был заключен договор, или][223]

c) место получения или место сдачи груза, или

d) любое дополнительное место, указанное с этой целью в транспортном документе или электронной записи.

Статья 73.

Несмотря на положения статьи 72, иск может быть предъявлен в судах любого порта или места в Договаривающемся государстве, где перевозившее груз судно [или любое из перевозивших груз судов] или любое другое судно, принадлежащее перевозчику, может оказаться арестованным в соответствии с применимыми нормами права этого государства и международного права.

Статья 74.

Никакого судебного разбирательства, связанного с перевозкой груза на основании настоящего документа, не может быть возбуждено в каком-либо месте, которое не указано в статье 72 или 73. Положения настоящей статьи не препятствуют осуществлению юрисдикции Договаривающихся государств в отношении мер предварительного или обеспечительного характера.

Статья 75.

1. В тех случаях, когда иск предъявлен в суде, являющемся компетентным в соответствии со статьей 72 или 73, или когда таким судом вынесено решение, новый иск между теми же сторонами по тому же основанию не допускается, кроме тех случаев, когда решение суда, в котором был предъявлен первый иск, не подлежит приведению в исполнение в стране, в которой возбуждается новое разбирательство.

2. Для целей настоящей главы принятие мер по приведению в исполнение судебного решения не считается предъявлением нового иска.

3. Для целей настоящей главы перенос иска в другой суд в пределах той же страны или в суд в другой стране в соответствии со статьей 73 не считается предъявлением нового иска.

Статья 75 бис.

Несмотря на положения предыдущих статей настоящей главы, имеет силу любое соглашение, которое заключено сторонами после возникновения требования, вытекающего из договора перевозки, и в котором определяется место, где лицо, заявляющее требование, может предъявить иск.

---

[223] См. выше сноску 30.

Вариант B

Статья 72.

В случае судебного разбирательства, связанного с перевозкой груза в соответствии с настоящим документом, истец по своему выбору может предъявить иск в суде, который является компетентным в соответствии с законодательством государства суда и в пределах юрисдикции которого находится одно из следующих мест:

a) основное коммерческое предприятие или, при отсутствии такового, постоянное местожительство ответчика, или

[b) место заключения договора при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, отделение или агентство, через посредство которого был заключен договор, или][224]

c) место получения или место сдачи груза, или

d) любое дополнительное место, указанное с этой целью в транспортном документе или электронной записи.

Статья 73.

Несмотря на положения статьи 72, иск может быть предъявлен в судах любого порта или места в Договаривающемся государстве, где перевозившее груз судно [или любое из перевозивших груз судов] или любое другое судно, принадлежащее перевозчику, может оказаться арестованным в соответствии с применимыми нормами права этого государства и международного права.

Статья 74.

Никакого судебного разбирательства, связанного с перевозкой груза на основании настоящего документа, не может быть возбуждено в каком-либо месте, которое не указано в статье 72 или 73. Положения настоящей статьи не препятствуют осуществлению юрисдикции Договаривающихся государств в отношении мер предварительного или обеспечительного характера.

Статья 75.

Несмотря на положения предыдущих статей настоящей главы, имеет силу любое соглашение, которое заключено сторонами после возникновения требования, вытекающего из договора перевозки, и в котором определяется место, где лицо, заявляющее требование, может предъявить иск.

ГЛАВА 16. АРБИТРАЖНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО[225]

Вариант A

Статья 76.

При условии соблюдения положений настоящей главы стороны могут предусмотреть путем соглашения, подтвержденного в письменной форме, что любой спор, который может возникнуть в связи с договором перевозки, на который распространяется настоящий документ, подлежит передаче в арбитраж.

---

[224] См. выше сноску 30.

[225] См. выше сноску 222. В варианте A главы 16 воспроизводятся в полном объеме положения Гамбургских правил, а в варианте B главы 16 опущены пункты, которые следует исключить по мнению Международного подкомитета ММК по унификации права в области морских перевозок.

Статья 77.

Если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, арбитражная оговорка или соглашение должны содержаться в таком документе или записи или должны быть прямо включены в них путем ссылки. Когда в чартере содержится положение о том, что связанные с ним споры подлежат передаче в арбитраж, а в оборотном транспортном документе или оборотной электронной записи, выданных согласно чартеру, не содержится специальной пометки о том, что такое положение является обязательным для держателя, перевозчик не может использовать такое положение против держателя, добросовестно приобретшего этот оборотный транспортный документ или оборотную электронную запись.

Статья 78.

Арбитражное разбирательство по выбору лица, заявляющего требование, проводится в одном из следующих мест:

a) в каком-либо месте государства, на территории которого находится:

i) основное коммерческое предприятие ответчика, или, при отсутствии такового, постоянное местожительство ответчика, или

[ii] место заключения договора при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, отделение или агентство, через которое был заключен договор, или][226]

iii) место, где перевозчик или исполняющая сторона получает груз для перевозки или место сдачи груза, или

b) любое другое место, указанное с этой целью в арбитражной оговорке или соглашении.

Статья 79.

Арбитр или арбитражный суд обязаны применять правила настоящего документа.

Статья 80.

Положения статей 77 и 78 считаются составной частью любой арбитражной оговорки или соглашения, и любое условие такой оговорки или соглашения, не совместимые с этими положениями, является ничтожным.

Статья 80 бис.

Ничто в настоящей главе не затрагивает действительности соглашения об арбитраже, заключенного сторонами после возникновения требования из договора перевозки.

Вариант B

Статья 76.

При условии соблюдения положений настоящей главы стороны могут предусмотреть путем соглашения, подтвержденного в письменной форме, что любой спор, который может возникнуть в связи с договором перевозки, на который распространяется настоящий документ, подлежит передаче в арбитраж.

---

[226] См. выше сноску 30.

Статья 77.

Если выдается оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись, арбитражная оговорка или соглашение должны содержаться в таком документе или записи или должны быть прямо включены в них путем ссылки. Когда в чартере содержится положение о том, что связанные с ним споры подлежат передаче в арбитраж, а в оборотном транспортном документе или оборотной электронной записи, выданных согласно чартеру, не содержится специальной пометки о том, что такое положение является обязательным для держателя, перевозчик не может использовать такое положение против держателя, добросовестно приобретшего этот оборотный транспортный документ или оборотную электронную запись[227].

Статья 78.[228]

Статья 79.

Арбитр или арбитражный суд обязаны применять правила настоящего документа.

Статья 80.

Ничто в настоящей главе не затрагивает действительности соглашения об арбитраже, заключенного сторонами после возникновения требования из договора перевозки.

ГЛАВА 17. ~~15.~~ ОБЩАЯ АВАРИЯ

Статья 81.

~~15.1~~ Ничто в настоящем документе не препятствует применению положений договора перевозки или национального законодательства, касающихся распределения убытков по общей аварии[229].

Статья 82.

1. ~~15.2~~ [За исключением положения о сроке исковой давности,] положения настоящего документа, касающиеся ответственности перевозчика за утрату или повреждение груза, определяют также, может ли грузополучатель отказаться от уплаты взноса по общей аварии, и обязанность перевозчика компенсировать грузополучателю оплату им такого взноса или расходов по спасанию.

2. Все [иски] [права] в отношении уплаты взноса по общей аварии [погашаются сроками] [утрачивают исковую силу], если судебное или арбитражное разбирательство не возбуждено в течение [одного года] с даты составления акта об общей аварии[230].

---

[227] Измененный текст статьи 73 положения об арбитраже в варианте B не является воспроизведением статьи 22.2 Гамбургских правил, поскольку было сочтено, что статья 22.2 Гамбургских правил является чрезмерно конкретной.

[228] Для того чтобы вариант B точно отражал результаты обсуждений в Международном подкомитете ММК по унификации права в области морских перевозок, этот пункт был опущен. ММК не было принято какого-либо решения в отношении надлежащей замены этого пункта. (См. CMI Yearbook 1999, p. 113 и более подробно CMI Yearbook 1997, p. 350-356.)

[229] Как отмечается в пункте 186 документа A/CN.9/526, сохранение практики включения Йорк–Антверпенских правил об общей аварии в договоры перевозки получило широкую поддержку в Рабочей группе. Содержание пункта 15.1 (в настоящее время статья 81) было сочтено в целом приемлемым.

[230] Как отмечается в пункте 188 документа A/CN.9/526, было предложено более четко указать, что положения проекта документа о сроке исковой давности не применяются к общей

ГЛАВА 18. ~~16.~~ ДРУГИЕ КОНВЕНЦИИ

Статья 83.

~~16.1 бис.~~ С учетом положений статьи 86 ~~16.2~~, ничто в настоящем документе не препятствует Договаривающимся государствам применять какой-либо другой международный документ, который уже действует на дату настоящего документа и который применяется императивным образом к договорам перевозки груза главным образом неморским транспортом[231].

Статья 84.

~~16.2 бис.~~ В отношениях между участниками настоящего документа его положения имеют преобладающую силу по сравнению с теми положениями более раннего договора, участниками которого они могут являться, [которые не совместимы с положениями настоящего документа][232].

Статья 85.

~~16.1~~ Настоящий документ не меняет прав и обязанностей перевозчика или исполняющей стороны, предусмотренных в международных конвенциях или национальном законодательстве по вопросам ограничения ответственности в отношении эксплуатации [~~морских~~][233] судов.

аварии. Поскольку в пункте 15.2 (в настоящее время пункт 1) указывается, что положения об ответственности перевозчика определяют, может ли грузополучатель отказаться от уплаты взноса по общей аварии, и ответственность перевозчика, ссылка на положения о сроке исковой давности порождает путаницу. Эту ссылку предлагается исключить. Это будет иметь особое значение, если будет добавлено конкретное положение об исковой давности.

Как далее предлагается в пункте 188 документа A/CN.9/526, можно подготовить отдельное положение о сроке исковой давности применительно к расчету взносов по общей аварии, например предусмотреть, что течение срока исковой давности применительно к общей аварии начинается с момента составления акта об общей аварии. Соответствующий текст был подготовлен и добавлен в конце пункта 15.2 (в настоящее время пункт 2). Такое положение, вероятно, должно охватывать как требования в отношении взносов, так и требования в отношении возмещения.

В пункте 189 документа A/CN.9/526 отмечается, что был задан вопрос о том, следует ли включить ответственность за убытки, причиненные задержкой и контрсталийным простоем, в пункт 15.2 (в настоящее время пункт 1). В связи с этим, как представляется, Рабочая группа не приняла никакого решения.

[231] Как отмечалось ранее в связи с подпунктом 4.2.1 (в настоящее время статья 8) и обсуждениями, касающимися взаимосвязи проекта документа с другими транспортными конвенциями и внутренним законодательством (см. сноску 42 выше), Секретариату было также поручено в пунктах 247 и 250 документа A/CN.9/526 подготовить положение о коллизии конвенций для возможного включения в статью 16 (в настоящее время глава 18). Ожидается, что это не окажет отрицательного воздействия на предложение, упоминаемое в последующей сноске, а, напротив, будет дополнять это предложение. Формулировка этого нового пункта 16.1 бис (в настоящее время статья 83) взята из статьи 25(5) Гамбургских правил.

[232] Упомянутое в пункте 196 документа A/CN.9/526 мнение о том, что было бы полезно, если бы в пункт 16.1 (в настоящее время статья 85) была добавлена формулировка, указывающая, что проект документа будет иметь преимущественную силу по сравнению с другими транспортными конвенциями, кроме как в отношении государств, не являющихся участниками документа, соответствует положениям статьи 30(4) Венской конвенции. Вместе с тем такое новое положение, как представляется, следует добавить в отдельном пункте, а не в существующем пункте 16.1 (в настоящее время статья 85), который посвящен иной и более конкретной проблеме и предусматривает решение этой проблемы противоположными средствами. Такое новое положение приводится в качестве пункта 16.2 бис (в настоящее время статья 84).

[233] Слово "морских" в пункте 16.1 (в настоящее время статья 85) исключено, как это предлагается в пункте 197 документа A/CN.9/526.

Статья 86.

~~16.2~~ На основании положений настоящего документа не возникает ответственности за утрату или повреждение или задержку в сдаче багажа, за которые перевозчик отвечает согласно какой-либо конвенции или национальному законодательству, касающемуся [морской][234] перевозки пассажиров и багажа.

Статья 87.

~~16.3~~ На основании положений настоящего документа не возникает ответственности за ущерб, причиненный ядерным инцидентом, если оператор ядерной установки несет ответственность за такой ущерб:

a) в соответствии ~~либо~~ с Парижской конвенцией ~~от 29 июля 1960 года~~ об ответственности третьих лиц в области ядерной энергии от 29 июля 1960 года с поправками к ней, содержащимися в Дополнительном протоколе от 28 января 1964 года, ~~либо в соответствии с~~ Венской конвенцией от ~~21 мая 1963 года~~ о гражданской ответственности за ядерный ущерб от 21 мая 1963 года с поправками к ней, содержащимися в Совместном протоколе относительно применения Венской конвенции и Парижской конвенции от 21 сентября 1988 года, и с поправками к ней, содержащимися в Протоколе о внесении поправок в Венскую конвенцию 1963 года о гражданской ответственности за ядерный ущерб, от 12 сентября 1997 года, или Конвенцией о дополнительном возмещении за ядерный ущерб от 12 сентября 1997 года, или

b) в соответствии с национальным законодательством, регулирующим ответственность за такой ущерб, при условии, что такое законодательство во всех отношениях является таким же благоприятным для лиц, которые могут понести ущерб, как и Парижская или Венская конвенции, или Конвенция о дополнительном возмещении за ядерный ущерб[235].

ГЛАВА 19. ~~17~~. [ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ ДОГОВОРА] [ДОГОВОРНЫЕ УСЛОВИЯ][236]

---

[234] В соответствии с поручением, упомянутым в пункте 199 документа A/CN.9/526, слово "морской" заключено в квадратные скобки.

[235] Как отмечается в пункте 202 документа A/CN.9/526, Рабочая группа просила Секретариат обновить перечень конвенций и документов в пункте 16.3 (в настоящее время статья 87) и подготовить пересмотренный проект пункта 16.3 (в настоящее время статья 87) с должным учетом высказанных мнений.

Как отмечается в пункте 200 документа A/CN.9/526, было указано, что перечень конвенций в пункте 16.3 (в настоящее время статья 87) является неполным, и была сделана ссылка на Протокол 1997 года о внесении поправок в Венскую конвенцию 1963 года.

В пункте 201 документа A/CN.9/526 отмечается, что было высказано предположение о том, что в дополнение к перечисленным в пункте 16.3 (в настоящее время статья 87) могут быть указаны и другие конвенции, касающиеся вопросов ответственности, например в связи с загрязнением и несчастными случаями. Тем не менее в связи с этим были высказаны определенные сомнения и поэтому предлагается, что упомянутый в последующем пункте 202 документа A/CN.9/526 пересмотр касался только конвенций в области ядерного ущерба.

[236] Как отмечается в пункте 204 документа A/CN.9/526, было предложено пересмотреть название этого проекта статьи, с тем чтобы более точно отразить содержание этого положения, которое касается не "пределов свободы договора" в целом, а договорных условий, ограничивающих или повышающих уровень ответственности, который лежит на различных сторонах, участвующих в договоре перевозки. Возможным альтернативным вариантом является название статьи 23 Гамбургских правил "Договорные условия". В противном случае название могло бы указывать на обязательный характер положений документа.

Статья 88.

1. ~~17.1 a)~~ Если в настоящем документе не предусмотрено иное, любое договорное условие, которое противоречит положениям настоящего документа, является ничтожным в тех случаях и в той степени, в которых его цель или последствия заключаются прямо или косвенно в исключении, [или] ограничении [, или увеличении] ответственности за нарушение какого-либо обязательства перевозчика, исполняющей стороны, грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя в соответствии с положениями настоящего документа[237].

2. ~~b)~~ Несмотря на пункт 1 ~~(a)~~, перевозчик или исполняющая сторона могут увеличить свою ответственность или обязательства в соответствии с настоящим документом[238].

3. ~~c)~~ Любое условие о передаче в пользу перевозчика прав страхования груза является ничтожным[239].

Статья 89.

~~17.2~~ Несмотря на положения глав 4 ~~5~~ и 5 ~~6~~ настоящего документа, перевозчик и любая исполняющая сторона могут на основании договора перевозки: ~~исключать или уменьшать свою ответственность за утрату или повреждение груза, если~~

a) исключать или уменьшать свою ответственность, если грузом являются живые животные, за исключением случаев, когда доказано, что утрата, повреждение или задержка явились результатом действия или бездействия перевозчика или его служащих или агентов, совершенных вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки, или

b) исключать или уменьшать свою ответственность за утрату или повреждение груза, если характер или состояние груза или же обстоятельства и условия, в которых осуществляется перевозка, таковы, что они являются разумным оправданием для специального соглашения, при условии, что это не затрагивает обычных коммерческих поставок, осуществляемых в рамках обычных перевозок, и не выдается и не предполагается выдавать никакого оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи[240].

---

[237] Как отмечается в пункте 213 документа A/CN.9/526, Рабочая группа постановила сохранить текст подпункта 17.1(a) (в настоящее время пункт 1) проекта документа, включая слова "или увеличении", в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, возможно на основе одного или нескольких новых предложений. Было указано, как это отмечается в пункте 212 документа A/CN.9/526, что предложение о проекте положения, исключающего "договоры, заключенные в ходе конкурентных переговоров между искушенными сторонами", будет представлено Секретариату до следующей сессии Рабочей группы и что упомянутые в пунктах 205–212 документа A/CN.9/526 моменты, вызвавшие беспокойство, будут учтены при работе над текстом этого предложения.

[238] Как отмечается в пункте 214 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 17.1(b) (в настоящее время пункт 2) в целом приемлемым. Было принято решение снять квадратные скобки, в которые заключено это положение.

[239] Как отмечается в пункте 215 документа A/CN.9/526, Рабочая группа сочла содержание подпункта 17.1(c) (в настоящее время пункт 3) в целом приемлемым.

[240] Как отмечается в пункте 217 документа A/CN.9/526, Рабочая группа постановила сохранить содержание подпункта 17.2(a) (в настоящее время пункт (a)) в проекте документа для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий. К Секретариату была обращена просьба подготовить альтернативную формулировку, ограничивающую способность перевозчика и исполняющей стороны, перевозящих живых животных, исключать свою ответственность в случае серьезной вины или неправомерного поведения. Кроме того, в пункте 218 документа A/CN.9/526 отмечается, что Рабочая группа сочла содержание подпункта 17(2)(b) (в настоящее время пункт (b)) в целом приемлемым. Для реализации

Статья 89.

~~17.2~~ Несмотря на положения глав 4 ~~5~~ и 5 ~~6~~ настоящего документа, перевозчик и любая исполняющая сторона могут на основании договора перевозки: ~~исключать или уменьшать свою ответственность за утрату или повреждение груза, если~~

a) исключать или уменьшать свою ответственность, если грузом являются живые животные, за исключением случаев, когда доказано, что утрата, повреждение или задержка явились результатом действия или бездействия перевозчика или его служащих или агентов, совершенных вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки, или

b) исключать или уменьшать свою ответственность за утрату или повреждение груза, если характер или состояние груза или же обстоятельства и условия, в которых осуществляется перевозка, таковы, что они являются разумным оправданием для специального соглашения, при условии, что это не затрагивает обычных коммерческих поставок, осуществляемых в рамках обычных перевозок, и не выдается и не предполагается выдавать никакого оборотного транспортного документа или оборотной электронной записи[241].

предложения о применении различного подхода в отношении подпунктов 17.2(a) и (b) (в настоящее время пункты (a) и (b)) необходимо изменить вводную формулировку. В отношении живых животных предлагается использовать формулировку, аналогичную формулировке, использованной в отношении утраты права на ограничение ответственности, распространив, однако, это положение на безответственное поведение служащих или агентов.

[241] Как отмечается в пункте 217 документа A/CN.9/526, Рабочая группа постановила сохранить содержание подпункта 17.2(a) (в настоящее время пункт (a)) в проекте документа для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий. К Секретариату была обращена просьба подготовить альтернативную формулировку, ограничивающую способность перевозчика и исполняющей стороны, перевозящих живых животных, исключать свою ответственность в случае серьезной вины или неправомерного поведения. Кроме того, в пункте 218 документа A/CN.9/526 отмечается, что Рабочая группа сочла содержание подпункта 17(2)(b) (в настоящее время пункт (b)) в целом приемлемым. Для реализации предложения о применении различного подхода в отношении подпунктов 17.2(a) и (b) (в настоящее время пункты (a) и (b)) необходимо изменить вводную формулировку. В отношении живых животных предлагается использовать формулировку, аналогичную формулировке, использованной в отношении утраты права на ограничение ответственности, распространив, однако, это положение на безответственное поведение служащих или агентов.

D. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Нидерландов о применении в документе принципа "от двери до двери", представленное Рабочей группе на ее двенадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.33) [Подлинный текст на английском языке]

В рамках подготовки к двенадцатой сессии Рабочей группы III (Транспортное право) правительство Нидерландов представило текст предложения, касающегося сферы применения и структуры проекта документа для рассмотрения на сессии Рабочей группы. Текст этого предложения воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в том виде, в каком оно было получено Секретариатом.

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
1.	Резюме позиции	*(a)–(i)*
2.	Общая сфера применения проекта документа ЮНСИТРАЛ	1–3
3.	Сфера применения других транспортных конвенций	4–9
4.	Договорный подход может вызвать вопросы толкования	10–15
5.	Существует ли решение проблемы смешанных перевозок?	16–29
	– комплексная система	16–17
	– единообразная система	18–19
	– система по принципу "один вид транспорта плюс"	20–29
Приложение 1. Особенности других конвенций		30–38
Приложение 2. Проект текста вместо ст. 1.1 и 2 КДПГ		39–41

Приложение

1. Резюме позиции

a) Идея распространения сферы применения проекта документа ЮНСИТРАЛ на перевозку грузов до и/или после этапа морской перевозки укладывается в современную практику: в настоящее время большинство договоров морской перевозки грузов включает перевозку на условиях "от двери до двери". В связи с этим разработка новой конвенции о морской перевозке грузов, касающейся только перевозки "от порта до порта", будет лишена всякого смысла. Это будет всего лишь добавление еще одной конвенции о морской перевозке грузов к уже существующим конвенциям.

b) Практику перевозки грузов "от двери до двери" можно наблюдать и на других видах транспорта. Кроме того, конвенции, касающиеся этих других видов транспорта, в частности самые последние конвенции, отражают определенный подход по принципу "один вид транспорта плюс".

c) Подход по принципу "морской транспорт плюс", выработанный в нынешнем проекте документа, может привести к возникновению проблем коллизии конвенций, поскольку положения о сфере применения существующих

конвенций о неморской перевозке грузов не имеют в целом достаточной ясности независимо от того, относятся ли они к определенному виду договора или к определенному способу перевозки?

Если они относятся к определенному виду договора, например к договору перевозки грузов дорожным транспортом, то можно утверждать, что они неприменимы к неморскому этапу морской перевозки грузов на условиях "от двери до двери". Если они относятся к определенному способу перевозки, то можно утверждать, что они применимы также к неморскому этапу морской перевозки грузов на условиях "от двери до двери".

В частности, эта проблема существует в отношении КДПГ.

d) Нидерланды согласны с принятым в проекте документа ЮНСИТРАЛ решением, призванным не допустить коллизии конвенций, а именно: включить статьи 4.2.1 и 4.2.2 в текст проекта документа. Такое комплексное решение ограниченного характера позволяет избегать в максимально возможной степени коллизий с другими конвенциями. Однако в отношении вопросов, не относящихся к материальной ответственности, возможность появления таких коллизий остается.

e) Альтернативными решениями для смешанных перевозок грузов являются i) единообразная конвенция о смешанных перевозках грузов или ii) полная комплексная (т.е. включающая вопросы, не относящиеся к материальной ответственности) конвенция о смешанной перевозке грузов. По мнению Нидерландов, каждое из этих решений имеет серьезные недостатки. Кроме того, до тех пор, пока не будет обеспечена ясность в отношении сферы применения существующих конвенций о перевозке грузов одним видом транспорта, проблема коллизий конвенций в обоих решениях не снимается.

f) Если будет достигнуто понимание того, что для каждого из вышеупомянутых долгосрочных решений проблемы смешанной перевозки грузов требуется согласование положений сферы применения существующих конвенций, регулирующих один способ перевозки грузов, появится и другое долгосрочное решение: изменить любую существующую конвенцию о перевозке одним видом транспорта путем расширения сферы ее применения на другие виды перевозок до или после собственного вида транспорта данной конвенции и добавить аналогичное положение о коллизии конвенций в каждую конвенцию о перевозке одним видом транспорта в соответствии с внесенным изменением. См. пункты 133–137 документа WP.29.

g) Такой общий подход по принципу "один вид транспорта плюс" заслуживает дальнейшего внимания и изучения, поскольку он может обеспечить прорыв в создавшемся в настоящее время тупике относительно любого решения проблемы смешанных перевозок. Такое исследование поможет установить, что система "один вид транспорта плюс" идеально соответствует современной практике, применяемой грузоотправителями и грузоперевозчиками. Кроме того, это поможет решить для Европы вопрос "короткого моря".

h) В случае, если такой общий подход по принципу "один вид транспорта плюс" получит достаточную поддержку, положение о коллизии конвенций, которое необходимо для каждой конвенции, могло бы включать такой вариант, когда коммерческие стороны делают выбор между конвенциями в том случае, если к одной смешанной перевозке грузов на условиях "от двери до двери" можно было бы применить более одной конвенции.

i) Поскольку идея разработки системы "один вид транспорта плюс" в качестве общего решения проблемы смешанных перевозок нуждается в дальнейшем изучении, на данном этапе не существует альтернативы статьям 4.2.1 и 4.2.2. По мнению Нидерландов, общая система "один вид

транспорта плюс" не исключает также и ни одного из предложений, упомянутых в пунктах 138–185 документа WP.29. Следовательно, если одно из этих предложений будет также принято, то проект документа ЮНСИТРАЛ, если в конечном итоге будет сочтено целесообразным включить в него общую систему "один вид транспорта плюс", можно будет скорректировать на более позднем этапе (например, путем добавления к нему протокола) без каких-либо последствий для такого принятого предложения.

2. Общая сфера применения проекта документа ЮНСИТРАЛ

1. Проект документа ЮНСИТРАЛ применяется к "договорам перевозки" (в которых место получения и место сдачи груза расположены в различных государствах) в соответствии со ст. 3.1. Такой "договор перевозки" определяется как "договор, в соответствии с которым перевозчик… обязуется перевезти груз полностью или частично морем" (ст. 1.5). "Перевозчик" определяется как лицо, которое заключает договор в соответствии со ст. 1.1.

2. На основании этих ссылок можно сделать вывод о том, что Проект документа ЮНСИТРАЛ следует договорному подходу. Он применяется к определенному виду договора, имеющего конкретные экономические и эксплуатационные характеристики. Этот вид договора является договором морской перевозки грузов, которая в настоящее время, если не в большинстве, то во многих случаях относится к перевозке на условиях "от двери до двери". Это означает, что грузы перевозятся не только морскими судами, но и другими средствами транспорта, когда такие другие средства транспорта используются для перевозки грузов до или после их перевозки морским судном. Такую сферу применения можно охарактеризовать как "морская перевозка плюс другой вид транспорта".

3. Кроме того, следует иметь в виду, что проект документа ЮНСИТРАЛ охватывает не только вопросы ответственности. Он касается также прав и обязательств сторон по условиям вышеупомянутых "договоров перевозки", что в значительной степени расширяет его сферу применения за пределы ответственности, относящейся только к утрате, повреждению и задержке грузов.

3. Сфера применения других транспортных конвенций[1]

4. В Приложении 1 представлено краткое сопоставление с другими конвенциями. Резюме сопоставления содержится ниже в пунктах 5–9.

5. Все транспортные конвенции, упомянутые в Приложении 1, применяются к определенному виду договора перевозки. Также как и проект документа ЮНСИТРАЛ, они следует принципу договорного подхода. Тем не менее, содержащиеся в них положения о сфере применения могут на практике послужить основанием для возникновения проблем толкования. См. пункт 10.

6. В каждой конвенции о перевозках одним видом транспорта договор перевозки определяется путем ссылки на один вид транспорта, однако они могут в определенной степени, исключая конвенции о морской и дорожной перевозках грузов, включать перевозку другими видами транспорта. Наглядными примерами в этой связи являются:

– Монреальская конвенция, которая охватывает услуги по приему и сдаче грузов (которые географически специально не ограничиваются), а также определенный объем специально оговоренной перевозки грузов дорожным транспортом независимо от того, является ли такая дорожная перевозка национальной или международной.

[1] Ссылки здесь на международно–правовые документы аналогичны ссылкам на эти документы, содержащимся в пункте 6 документа WP.29.

– КМЖП–ММК 1999 года охватывает "перечисленные" перевозки грузов морским транспортом и по внутренним водным путям независимо от того, относятся ли они к национальным или международным, а также не перечисленные перевозки грузов по национальным дорогам и внутренним водным путям.

7. Гамбургские правила допускают применение других конвенций к морской перевозке грузов, когда такая морская перевозка не является основным видом транспортировки груза. Примечательно, что такое положение о коллизии конвенций не было использовано в других более поздних конвенциях.

8. В конвенциях о перевозках грузов дорожным, железнодорожным и воздушным транспортом рассматриваются также другие договорные вопросы помимо вопросов ответственности перевозчика за утрату, повреждение или задержку грузов.

9. На основе сопоставления, представленного в Приложении 1, можно сделать вывод о том, что основные особенности общей сферы применения проекта документа ЮНСИТРАЛ, т.е. "договорный подход", система "один вид транспорта плюс" и охват иных договорных вопросов, а не только вопросов ответственности перевозчика, в определенной степени, уже включены в неморские транспортные конвенции.

Основное их отличие от проекта документа ЮНСИТРАЛ заключается в том, что в последнем документе эти особенности получили дальнейшее развитие.

4. Договорный подход может вызвать вопросы толкования

10. Следует признать, что сфера применения положений конвенций о перевозке грузов *одним видом* транспорта может истолковываться так, как если бы такая сфера применения включала международную перевозку, выполняемую "способом по конвенции" на условиях договора *смешанной* перевозки. Таким красноречивым примером в этой связи является международная перевозка грузов дорожным транспортом, которая выполняется до или после перевозки воздушным или морским транспортом. Ст. 1.1 КДПГ может истолковываться в том смысле, что КДПГ применима к таким предшествующим и последующим перевозкам. В конце пунктов 62 и 63 документа WP.29 дается ссылка на "веские" аргументы в пользу такого толкования, которое затем раскрывается в пунктах 115 и 116 документа WP.29. Результат такого толкования состоит в том, что к одному договору смешанной перевозки может быть применено несколько транспортных конвенций.

11. Является ли такое толкование правильным или неправильным, это не вопрос. Оно существует, и в результате может происходить наложение сфер применения проекта документа ЮНСИТРАЛ и конвенций, предметом которых является один вид транспорта. Вследствие этого может возникнуть вопрос о коллизии конвенций. Во избежание таких коллизий (причиной которых является отсутствие ясности положений о сфере применения других транспортных конвенций) в проекте документа ЮНСИТРАЛ была предложена ст. 4.2. Эта статья наделяет приоритетом положения об ответственности перевозчика другой транспортной конвенции.

12. Однако эта ст. 4.2 специально ограничивается вопросами, относящимися лишь к ответственности перевозчика. В ней не рассматриваются возможные коллизии между положениями, содержащимися в различных конвенциях, относящимися к иным вопросам помимо ответственности перевозчика. Что касается этих "не относящихся к ответственности" вопросов, то невозможно представить себе, что различные части одной транспортной конвенции будут регулироваться коллидийными положениями. Например, если оборотный документ выдается на перевозку груза на условиях "от двери до двери", то не

становится ли этот документ необоротным с того момента, когда начинается перевозка дорожным транспортом? Если дело будет обстоять так, то это будет нарушением прав покупателей и продавцов по условиям международного договора купли–продажи товара. Еще один пример: в соответствии с КДПГ право грузоотправителей и грузополучателей давать указания привязано к (определенной копии) выданному документу, в соответствии с которым система КДПГ совершенного отличается от соответствующих положений, содержащихся в проекте документа ЮНСИТРАЛ.

Что касается таких других договорных вопросов, то в проекте документа ЮНСИТРАЛ находят отражение законы, обычаи и практика договора морской перевозки. Эти вопросы могут отличаться и во многих случаях отличаются от подобных вопросов, рассматриваемых в других конвенциях, регулирующих перевозки одним видом транспорта. Действительно, все транспортные конвенции, регулирующие перевозки одним видом транспорта, отражают конкретные обычаи и практику, присущие их видам транспорта.

13. В связи с этим, если произойдет расширение ст. 4.2. и в ней будет предусматриваться полный приоритет *всех* положений конвенции о перевозке грузов по внутренним водным путям, то в итоге будет возникать множество двусмысленных ситуаций в связи с правами и обязательствами сторон, отличных от ответственности перевозчика за утрату, повреждение или задержку грузов. Что касается только положений об ответственности перевозчика, то комплексная система практически реализуема. Но в отношении положений, касающихся других договорных вопросов, помимо ответственности перевозчика, должен быть сделан выбор: к договору смешанных перевозок в целом должны применяться либо такие положения одной конвенции, либо такие положения другой конвенции.

14. В силу того, что проект документа ЮНСИТРАЛ касается договора морской перевозки грузов и его положения об "ответственности неперевозчика" отражают право, обычаи и практику международной торговли, у него нет другого выбора, как установить приоритет своих положений об "ответственности неперевозчика" над соответствующими положениями любой другой транспортной конвенции, которая, отнюдь не бесспорно, в соответствии со своими условиями могла бы применяться к деятельности морского перевозчика на суше.

15. В связи с этим Нидерланды, сознавая, что в соответствии с толкованием, о котором говорится в пунктах 115 и 116 документа WP.29, коллизию конвенций исключить полностью невозможно, считают подобные возможные коллизии неизбежными и в тоже время допустимыми, ввиду того, что любая транспортная конвенция, чтобы получить достаточный уровень поддержки в коммерческих кругах, должна отражать обычаи и практику в сфере конкретного вида транспорта. Однако в конечном итоге принципиальная цель должна заключаться в том, чтобы выработать долговременное решение для договора смешанной перевозки без возникновения ситуаций, когда возможны коллизии конвенций.

5. Существует ли решение проблемы смешанных перевозок?

16. До сих пор при поиске решения проблемы смешанных перевозок основное внимание уделялось комплексной системе и/или единообразной системе.

Главным преимуществом комплексной системы является тот факт, что, благодаря ее способности автоматически приспосабливаться к конкретным условиям соответствующего вида транспорта, она, не вмешивается ни в один из существующих режимов перевозки одним видом транспорта. Однако ее недостатки состоят в том, что (i) она предлагает согласование условий и в этой связи непредсказуемость для грузоотправителя; (ii) применение ответственности

к определенному виду транспорта не всегда оказывается возможным, а значит необходима также система остаточной ответственности; и (iii) существует риск пробелов между различными видами транспорта.

17. Следует отметить, что в сфере применения комплексной системы не так уж много внимания было уделено вышеупомянутым "другим договорным вопросам". Ее направленность всегда была сфокусирована на ответственности перевозчика за ущерб, причиненный грузу. По мнению Нидерландов, это равносильно тому, что (по крайней мере) два правовых условия должны быть соблюдены, прежде чем полномасштабную комплексную систему можно будет должным образом применить к договору смешанной перевозки:

a) скорректировать сферу применения положений каждой конвенции, регулирующей перевозку одним видом транспорта, с тем чтобы пояснить, что такая конвенция применяется к определенному способу перевозки, а не к определенному виду договора, и

b) включить в текст каждой конвенции, регулирующей перевозки одним видом транспорта, соответствующие положения о коллизии конвенций (что может быть не простой задачей), с тем чтобы избежать коллизий между различными положениями об "ответственности неперевозчика" в рамках соответствующих конвенций, регулирующих перевозку одним видом транспорта.

18. Существующей альтернативой комплексной системе является единообразная система. Такая единообразная система предусматривается Конвенцией о смешанных перевозках 1980 года. Ее основными преимуществами являются легкость применения и предсказуемость ее результата. Тем не менее, Конвенция о смешанных перевозках 1980 года не вступила в силу, как считают, по причине того, что ее положения слишком сильно отступают от практики затрагиваемых коммерческих сторон.

19. Вопрос коллизии конвенций также актуален для Конвенции о смешанных перевозках 1980 года. Толкование положений сферы применения транспортных конвенций, регулирующих перевозку одним видом транспорта, о чем говорится в пунктах 115 и 116 документа WP.29, в равной степени создает коллизии с договорным подходом, предусмотренным Конвенцией о смешанных перевозках 1980 года. Если Конвенция о смешанных перевозках 1980 года должна надлежащим образом сосуществовать с транспортными конвенциями о перевозке грузов одним видом транспорта, то потребуется также внести коррективы в положения о сфере применения этих конвенций. Следует пояснить, что сфера применения этих конвенций ограничивается договором на определенную перевозку одним видом транспорта и что они не применяются к "их" виду транспорта в случаях, когда этот вид перевозки является частью перевозки по условиям договора о смешанной перевозке.

20. Пункты 17 и 19 позволяют сделать вывод о том, что проблема смешанной перевозки не может быть решена без общей и, желательно, скоординированной корректировки положений сферы применения всех транспортных конвенций о перевозке одним видом транспорта.

21. Как только появится понимание того, что решение проблемы смешанной перевозки требует (скоординированных) корректировок конвенций о перевозке одним видом транспорта, могут появиться другие альтернативные решения проблемы смешанной перевозки помимо комплексной системы и единообразной системы ответственности.

22. Одной из таких других альтернатив является общий подход по принципу "один вид транспорта плюс", о котором говорится в пунктах 133–137 документа WP.29. Этот подход укрепляет, наметившуюся в последних

транспортных конвенциях тенденцию расширять сферу их применения с целью дополнительного включения в них перевозок другими видами транспорта. См. пункт 6 выше. Такое расширение не должно ограничиваться национальной перевозкой другими видами транспорта или пригодной перевозкой лишь одним видом транспорта, а осуществляться в отношении любого другого вида перевозки, осуществляемой до или после "собственного способа" перевозки соответствующей транспортной конвенции.

Например, следует сделать так, чтобы КДПГ можно было применять не только к международной перевозке грузов автомобильным транспортом, но и чтобы ее применение продолжалось в том случае, если эти грузы впоследствии будут поступать на железнодорожный транспорт, а также в том случае, если железнодорожный вагон пересекает границу. Аналогичную возможность следует предусмотреть для КМЖП–ММК 1999 года: эта конвенция также должна расширить свою сферу применения с целью включения в нее дополнительных международных дорожных перевозок. В результате две конвенции могли бы в равной мере применяться к одному и тому же виду транспорта. Решение о том, какая конвенция должна фактически применяться в каждом отдельном случае, должно вытекать из положения о коллизии конвенций, которое должно быть включено в обе конвенции. Такое коллидийное положение должно быть в принципе идентичным для обеих конвенций.

23. Такое альтернативное решение проблемы смешанных перевозок соответствует также современной тенденции, когда почти каждый перевозчик, оперирующий одним видом транспорта, предлагает осуществить перевозку в пункты назначения, которые он не обслуживает средствами своего собственного вида транспорта. Он предлагает такую перевозку только потому, что этого хотят его клиенты. И большинство таких перевозчиков предпочитает заниматься этим на тех условиях, на которых они привыкли работать и которые они и их страховщики хорошо знают. Таким образом, наиболее предпочтительно иметь такое положение о коллизии конвенций, согласно которому в случаях возможного применения не одной конвенции выбор должны делать стороны договора перевозки. Если коммерческим сторонам будет разрешено делать выбор, то можно ожидать, что на практике такой выбор применения между возможными конвенциями едва ли будет определенным. Например, если грузоотправитель запросит расценки у европейского железнодорожного перевозчика, то он получит цену, предлагаемую на условиях, к которым такой железнодорожный перевозчик (и его страховщики) привыкли: КМЖП–ММК. И если он запросит цену у европейского дорожного перевозчика, он получит ее на условиях, по которым такой дорожный перевозчик обычно заключает договоры: КДПГ. В обоих случаях речь идет о едином договоре и о едином наборе условий, что является конечной целью любой системы смешанных перевозок. И транспортно-экспедиционные организации могли бы предлагать оба набора правил и теоретически даже не за одну и ту же цену.

24. Такая система "один вид транспорта плюс" сочетает в себе преимущества комплексной системы и единообразной системы, поскольку она предлагает применять наборы правил, которые уже имеют широкое хождение. И она не имеет недостаток, присущий комплексной системе: осложнения, обусловленные необходимостью согласования условий плюс остаточная ответственность, плюс возможные нестыковки между различными способами перевозки. В этой системе есть один недостаток: существующие конвенции о перевозке одним видом транспорта должны быть изменены и, желательно, на согласованной основе. Однако этот недостаток присущ как единообразной, так и комплексной системе.

25. Совершенно очевидно, что если положения о сфере применения каждой конвенции о перевозке грузов одним видом транспорта будут расширены в

соответствии с предложением, изложенным в пунктах 22 и 23, то в каждую такую измененную конвенцию должно быть включено положение о коллизии конвенций, предусматривающее уважение выбора сторон. Или, другими словами, каждая конвенция о перевозке грузов одним видом транспорта должна допускать такую ситуацию, когда она не будет применяться к договору перевозки, если стороны остановят свой выбор на другой конвенции, которая может быть применена в соответствии с содержащимися в ней условиями.

26. Можно привести пример проекта такого положения о коллизии конвенций, предложенного в пункте 40 Приложения 2. (В этой связи примечателен тот факт, что в ст. 25.4 Гамбургских правил уже учтена ситуация, когда другая конвенция может быть применена к морскому этапу смешанной перевозки грузов.)

27. Если рынку предоставить возможность решать, в определенных пределах, режим какой конвенции следует применять к определенной смешанной перевозке, то можно ожидать, что в конечном итоге

- для межконтинентальных воздушных перевозок (включая предшествующие и/или последующие внутренние перевозки) выбор будет сделан в пользу Монреальской конвенции;
- для межконтинентальных морских перевозок (включая предшествующие и/или последующие внутренние перевозки) выбор будет сделан в пользу проекта документа ЮНСИТРАЛ (как только он вступит в силу);
- для перевозки в пределах Европы (включая короткие морские перевозки, такие как паромные перевозки через Северное море или через Балтийское море, международные перевозки на острова и т.д.) выбор будет сделан в пользу КДПГ или КМЖП–ММК 1999 года;
- для других региональных видов транспорта выбор будет сделан в пользу возможных региональных конвенций, отвечающих конкретным условиям данного региона.

28. Нидерланды считают, что изложенный выше общий подход по принципу "один вид транспорта плюс" заслуживает дальнейшего внимания и изучения в качестве альтернативного решения проблемы смешанных перевозок.

Если в результате таких исследований будет сделан вывод о том, что система "один вид транспорта плюс" получает достаточную поддержку, то ст. 4.2 проекта документа ЮНСИТРАЛ должна быть в ходе последующего процесса заменена положением о коллизии конвенций, допускающим в соответствии с выбором сторон применение других конвенций к морскому этапу международной перевозки грузов.

29. Само собой разумеется, что на такой возможный процесс реализации системы "один вид транспорта плюс" уйдет какое-то время. Это может негативно повлиять на разработку проекта документа ЮНСИТРАЛ, имеющего безотлагательный характер. В результате на настоящий момент общий подход по принципу "один вид транспорта плюс", как представляется, не может заменить статьи 4.2.1 и 4.2.2. Однако, по мнению Нидерландов, и общая система "один вид транспорта плюс" не вступает в коллизию ни с одним из предложений, упомянутых в пунктах 138–185 документа WP.29. Отсюда принятие любого из таких предложений для включения в текст проекта документа ЮНСИТРАЛ не исключает возможность того, что система "один вид транспорта плюс", как только она сможет получить достаточную поддержку в качестве решения проблемы смешанных перевозок в целом, может быть включена в проект документа ЮНСИТРАЛ на более позднем этапе. Это может быть сделано, например, путем принятия дополнительного протокола. Нидерланды считают, что содержание такого дополнительного протокола, если он будет принят, вполне может не затрагивать ни одно из вышеупомянутых предложений.

Приложение 1

Особенности других конвенций

30. Варшавская конвенция

В соответствии со ст. 1.1 этой конвенции, она применяется не к договору, а к способу перевозки: "всякая международная перевозка… груза, осуществляемая посредством воздушного судна…". Однако уже в следующем пункте ст. 2.1 международная перевозка определяется как "всякая перевозка, при которой, согласно определению Сторон, место отправления и место назначения… расположены... на территории двух высоких Договаривающихся сторон…". И затем в ст. 5.2 говорится, что отсутствие воздушного коносамента не затрагивает существование или действительность договора перевозки, который… тем не менее, регулируется правилами настоящей Конвенции".

Отсюда вытекает, что Варшавская конвенция применяется и к договорам воздушной перевозки. Что касается вопросов смешанных перевозок, то согласно ст. 31 положения Варшавской конвенции применяются только к этапу воздушной перевозки, однако в ней недвусмысленно допускается, что в документ о воздушной перевозке включаются условия, относящиеся к другим способам перевозки.

Период ответственности перевозчика включает период времени, в течение которого груз находился под его охраной. Этот период в ограниченной степени специально распространяется на наземный транспорт: ст. 18.3 включает допущение, в соответствии с которым в случае, если перевозка грузов осуществляется вне аэропорта в целях погрузки, выдачи или перегрузки, любой вред считается следствием события, имевшего место во время воздушной перевозки. Конвенция не устанавливает географического предела для таких "услуг по приему и сдаче груза".

Что касается других вопросов, не относящихся к ответственности, то в ст. 12–14 Варшавской конвенции речь идет о праве грузоотправителя передавать груз во время перевозки, включая право сдачи груза.

31. Монреальская конвенция

Настоящая конвенция не вносит существенных изменений в систему, установленную Варшавской конвенцией. Новым положением, однако, является юридическая посылка, согласно которой разрешается практика, сложившаяся на настоящее время, по крайней мере в Европе, когда значительная часть "воздушных перевозок грузов" (которые, по соглашению сторон, должны осуществляться по воздуху) фактически осуществляется автомобильным транспортом. В ст. 18.4 предусматривается, что такая перевозка, заменяемая без согласия грузоотправителя, считается совершенной в период времени воздушной перевозки.

В Монреальской конвенции несколько шире рассматриваются также другие вопросы договорного права помимо вопросов ответственности, чем в Варшавской конвенции.

32. Гаагско–Висбийские правила

Сфера применения этой Конвенции ограничиваются договорами морской перевозки грузов. Более того, она применяется только в том случае, если выдается документ, который служит свидетельством такого договора. Другие вопросы, не связанные с ответственностью, рассматриваются в этой Конвенции лишь в ограниченном объеме.

33. Гамбургские правила

Эта Конвенция применяется к договорам морской перевозки грузов. Если такой договор включает морскую перевозку грузов и перевозку другими

средствами транспорта, то Конвенция применяется только к морскому этапу перевозки.

Другим вопросам, не относящимся к вопросам ответственности, уделяется несколько больше внимания, чем в Гаагско–Висбийских правилах.

Заслуживает внимания тот факт, что в Гамбургские правила включено положение о коллизии конвенций. Ст. 25.5 гласит:

> "Ничто в настоящей Конвенции не препятствует Договаривающимся государствам применять какую-либо другую международную конвенцию, которая уже действует на дату настоящей Конвенции и которая применяется императивным образом к договорам перевозки груза главным образом неморским транспортом. Настоящее положение применяется также в отношении любого последующего пересмотра или изменения такой международной конвенции".

Смысл этого положения состоит в том, что в случае, если договор, к которому применяется другая транспортная конвенция, включает морской этап перевозки, и такой морской этап перевозки не является основным видом транспорта данной конвенции, то допускается, что к морскому этапу перевозки будут применятся не Гамбургские правила, а такая другая транспортная конвенция.

34. КДПГ

Эта конвенция применяется исключительно ко "всякому договору дорожной перевозки грузов… посредством автомобилей, когда указанные в договоре место принятия к перевозке груза и место, предусмотренное для сдачи груза, находятся на территории двух различных стран…".

Если автомобиль не использует свою привычную инфраструктуру, т.е. дорогу, и если автомобиль использует для перевозки грузов, которые загружаются в него, другой вид инфраструктуры, например морское судно для перевозки его по морю или грузовой поезд для перевозки его через туннель, то КДПГ по-прежнему будет применяться, несмотря на использование такого другого вида инфраструктуры. Однако в ст. 2 предусмотрена специальная норма, учитывающая роль, которую выполняет автомобиль при использовании такой другой инфраструктуры.

Как и в Гаагско–Висбийских правилах, в КДПГ не содержится ссылка на любую перевозку, осуществляемую до или после этапа перевозки груза автомобилем. Вместо этого в связи со ст. 1.4 (содержащую исключения в отношении определенных видов перевозки дорожным транспортом) в Протоколе о подписании к КДПГ говорится, что "нижеподписавшиеся обязуются договариваться о заключении конвенций о договоре перевозки… и договоре комбинированной перевозки".

Кроме того, Конвенция включает ряд положений, относящихся к другим договорным вопросам помимо ответственности за утерю, повреждение или задержку с доставкой грузов.

35. КМЖП–ММК 1980 года

В соответствии со ст. 1.1 этой Конвенции "Унифицированные правила" (т.е. положения ММК) применяются в отношении всех партий грузов, перевозимых в соответствии с единой транспортной накладной, выписанной на перевозку грузов по маршруту, пролегающему через территории не менее двух государств и исключительно по сервисным линиям или маршрутам, включенным в перечень ММК, который ведет Межправительственная организация по международному железнодорожному сообщению (ОТИФ). Существование транспортной накладной, которая включает всевозможные детали договора, является условием для применения положений ММК.

Согласно ст. 2.2 основной конвенции КМЖП 1980 года положения ММК также могут применяться к сквозным международным перевозкам, использующим, помимо услуг, оказываемых железнодорожным транспортом, наземные и морские услуги, а также внутренние водные пути. Это значит, что государства–участники КМЖП 1980 года могут определять, что положения ММК должны применяться к другим видам транспортных перевозок до или после этапа железнодорожной перевозки, являющегося частью маршрута перевозки груза.

Кроме того, из ст. 1.2 и ст. 48.1 положений ММК вытекает, что в вышеупомянутый перечень ММК правительства могут включать также свои судоходные линии. Исходя из этого, они становятся предметом регулирования этой Конвенции, однако для таких судоходных линий может быть истребован особый режим, который охватывает основные исключения, предусмотренные в Гаагско–Висбийских правилах. Некоторые судоходные линии воспользовались такой возможностью включения в положения ММК.

Можно сделать вывод о том, что КМЖП–ММК 1980 года следует строго договорному подходу и учитывает возможность применения положений ММК по принципу "железнодорожный транспорт плюс".

Кроме того, КМЖП–ММК 1980 года включает множество положений, касающихся ответственности перевозчика за утрату, повреждение или задержку грузов.

36. КМЖП–ММК 1999 года

Эта конвенция содержит ряд существенных различий по сравнению со своей предшественницей. Во-первых, она также применяется исключительно к договорам международной перевозки грузов по железной дороге, однако транспортная накладная больше не является условием для применения этой Конвенции. Система ведения перечня сохраняется, однако уже не в отношении железнодорожных компаний, а только в отношении компаний, обслуживающих морские и международные внутренние водные пути до или после железнодорожного этапа перевозки, которая должна регулироваться положениями этой Конвенции. Что касается таких услуг морской перевозки, то опять же может применяться специальный режим, но число исключений для морского перевозчика значительно сокращено.

Конвенция, вместе с тем, имеет непосредственное применение к смешанным перевозкам. Ст. 1.2 гласит, что в тех случаях, "когда международная перевозка, являющаяся предметом единого договора, предусматривает перевозку дорожным транспортом или по внутренним водным путям, на внутренних маршрутах Государства–члена в дополнение к трансграничной перевозке железнодорожным транспортом, настоящие Унифицированные правила подлежат применению".

Это означает, что КМЖП–ММК 1990 года следует принципу "железнодорожный транспорт плюс", и даже в императивном порядке, но только для национальных дорожных перевозок или перевозок по внутренним водным путям.

Кроме того, КМЖП–ММК 1990 года включает также множество других положений помимо тех, которые касаются ответственности перевозчика.

37. Будапештская конвенция (КПГВ)

Эта Конвенция применяется к договорам международной перевозки грузов внутренними водными путями. Она не содержит положений, касающихся других способов перевозки.

Такая перевозка по своему характеру должна осуществляться на борту судна, однако данная Конвенция применяется в равной мере ко всем видам

судов, будь то морские или речные суда. Такое отсутствие различия между типами судов требует какого-либо положения о коллизии конвенций. В ст. 2.2 предусматривается, что если международная перевозка грузов без перевалки с речного на морское судно (или наоборот) осуществляется как по внутренним водным путям, так и "по путям, на которые распространяется режим морской перевозки", применяется Будапештская конвенция за исключением тех случаев, когда a) "в соответствии с применимым морским законодательством был составлен морской коносамент, или когда b) расстояние, которое предстоит пройти по путям, на которые распространяется режим морской перевозки, является более длинным".

Эта Конвенция включает также положения, касающиеся других договорных аспектов помимо ответственности перевозчика за утерю, повреждение или задержку груза.

38. Конвенция о смешанных перевозках 1980 года

Эта Конвенция совершенно четко применяется к определенным договорам: перевозка должна быть международной по характеру и осуществляться по меньшей мере двумя различными видами транспорта по условиям единого договора смешанной перевозки. В ст. 1.1 содержится положение, исключающее из определения смешанной перевозки операции по вывозу и доставке груза, осуществляемые во исполнение договора перевозки одним видом транспорта.

Далее, в ст. 30.4 предусматривается, что перевозка грузов, к которой применяются ст. 2 КДПГ (т.е. перевозка автомобиля с грузом на судне или грузовым поездом) или ст. 2 Бернской конвенции от 17 февраля 1970 года о железнодорожных перевозках грузов (т.е. "включенные в список" дорожные или судоходные линии, дополняющие железнодорожные перевозки грузов), не будет рассматриваться в качестве смешанной перевозки согласно Конвенции о смешанных перевозках.

Конвенция о смешанных перевозках затрагивает вопросы, не относящиеся к ответственности перевозчика, лишь в ограниченных пределах.

Приложение 2

Возможная замена ст. 1.1 и ст. 2 КДПГ предлагается лишь в качестве примера для того, чтобы показать, как могла бы работать система "один вид транспорта плюс". Любую другую конвенцию о перевозке одним видом транспорта следует аналогичным образом изменить с целью согласования положений о сфере применения и включения идентичного положения о коллизии конвенций.

Положение, касающееся определения

39. "Договор перевозки означает договор, в соответствии с которым перевозчик груза обязуется за плату перевезти груз [по дороге] [посредством автомобиля] из одного места в одном государстве в другое место в другом государстве, и который может включать перевозку другими [видами] [средствами] транспорта до и/или после этапа дорожной перевозки грузов. Если на части пробега автомобиль, содержащий груз, перевозится по морю, железной дороге, внутреннему водному пути или посредством воздушного транспорта без перегрузки, то такая часть пути для цели настоящей Конвенции рассматривается как перевозка [по дороге] [автомобилем]."

Смысл этого положения заключается в том, что часть дорожной перевозки груза (которая может включать такую часть, во время которой автомобиль перевозится другим средством транспорта)

является международной по своему характеру. Предшествующая и/или последующая часть перевозки другими средствами транспорта может быть национальной или международной.

Положение, касающееся сферы применения

40. "Настоящая Конвенция применяется ко всем договорам перевозки, если

a) место приема груза, указанное в договоре перевозки, расположено в Договаривающемся государстве или

b) [место, в котором часть дорожной перевозки начинается или заканчивается, расположено в Договаривающемся государстве или]

c) место сдачи груза, указанное в договоре перевозки, находится в Договаривающемся государстве, [независимо от места нахождения и гражданства сторон договора перевозки.]"

Настоящее положение соответствует обычному тексту положения о сфере применения, содержащегося в транспортных конвенциях.

Положение, касающееся коллизии конвенций

41. "Если согласно вышеупомянутым положениям и соответствующим положениям другой конвенции, регулирующей отношения между сторонами в рамках договора транспортных услуг, можно будет к договору перевозки применить более одной конвенции, то стороны должны в договоре перевозки заявить, какие конвенции применяются к их договору. Сторонам не разрешается заявлять, что действуют в полном объеме или частично более чем одна конвенция.

В случае, если стороны в своем договоре перевозки сделали заявление относительно того, какая конвенция применяется к данному договору, любая другая конвенция, которая в соответствии с ее положениями может быть применена, не применяется к данному договору перевозки.

В случае, если стороны в договоре перевозки не сделали заявления относительно того, какая конвенция применяется к их договору, применяется к договору перевозки та конвенция, которая в соответствии с ее условиями применяется к данному договору и покрывает географически самую длинную часть перевозки товаров. Однако в таком случае любое положение такой конвенции, ограничивающее ответственность перевозчика в отношении определенной денежной суммы за килограмм или за упаковку, не применяется, и любое договорное положение, предусматривающее установление такого предела, является недействительным."

Если предшествующая или последующая перевозка является международной по своему характеру, то может возникнуть ситуация, когда применимыми окажутся более чем одна конвенция. Тогда выбор остается за сторонами. Санкция в отношении перевозчика, лишающая его права устанавливать пределы ответственности, рассматривается в качестве достаточного стимула для того, чтобы делать подобный выбор.

Совершенно очевидно, что эта система выбора работает только в том случае, если такое положение будет включать все возможно применимые конвенции о перевозке грузов одним видом транспорта.

E. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Соединенных Штатов Америки, представленное Рабочей группе на ее двенадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.34) [Подлинный текст на английском языке]

В рамках подготовки к двенадцатой сессии Рабочей группы III (Транспортное право), на которой, как ожидается, Рабочая группа приступит ко второму чтению проекта документа о [морской] перевозке грузов на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32), правительство Соединенных Штатов Америки 11 июля 2003 года представило текст предложения в отношении десяти аспектов проекта документа для рассмотрения Рабочей группой. Текст этого предложения приводится в приложении к настоящей записке в том виде, в каком он был получен Секретариатом.

Приложение. Предложение Соединенных Штатов Америки

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
ВВЕДЕНИЕ		1–4
I.	СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ИСПОЛНЯЮЩИЕ СТОРОНЫ	5–9
II.	ПРЕДЕЛЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГААГСКО–ВИСБИЙСКИХ ПРАВИЛ/ПРОЦЕДУРА ВНЕСЕНИЯ ПОПРАВОК	10–12
III.	ИСКЛЮЧЕНИЯ ИЗ РЕЖИМА ОТВЕТСТВЕННОСТИ, НАВИГАЦИОННАЯ ОШИБКА И БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ	13–17
IV.	СОГЛАШЕНИЯ О МОРСКИХ ЛИНЕЙНЫХ ПЕРЕВОЗКАХ	18–29
	A. Что такое соглашение о морских линейных перевозках?	19–22
	B. Режим, предусматриваемый главой 17, в сопоставлении с режимом, предусматриваемым главой 3 проекта документа	23–28
	C. Рекомендация	29
V.	ВЫБОР СУДА	30–35
	A. Общее правило	30–33
	B. Исключения из общего правила в случаях СМЛП	34–35
VI.	ОГОВОРКИ	36
VII.	ОТКЛОНЕНИЕ ОТ КУРСА	37–38
VIII.	ЗАДЕРЖКА	39–40
IX.	СМЕШАННЫЕ ДОГОВОРЫ ПЕРЕВОЗКИ И ДОГОВОРЕННОСТИ ГРУЗООТПРАВИТЕЛЯ С АГЕНТАМИ	41
X.	ЛОЖНОЕ ЗАЯВЛЕНИЕ ГРУЗООТПРАВИТЕЛЯ	42–43

Введение

1. Соединенные Штаты Америки приветствуют новую инициативу ЮНСИТРАЛ по содействию согласованию международного транспортного права. Мы также выражаем признательность Международному морскому комитету (ММК) за его вклад в работу в этой области.

2. На девятой, десятой и одиннадцатой сессиях Рабочей группы III делегаты и наблюдатели обсуждали отдельно взятые положения проекта документа[1]. Этот процесс носил исключительно плодотворный характер, и Соединенные Штаты Америки высоко оценивают все конструктивные мнения, высказанные в ходе этих обсуждений с целью продвижения вперед на этом направлении работы. Однако, как нам кажется, настало время признать, что спорные вопросы не могут решаться на индивидуальной основе. Для успешного завершения данного проекта необходимо будет прийти к компромиссным решениям по коммерческим вопросам, в рамках которых различные заинтересованные отрасли смогут достичь лишь некоторых из стоящих перед ними общих целей.

3. В Соединенных Штатах Америки мы провели консультации с представителями основных заинтересованных отраслей, и они приняли самое активное участие в процессе переговоров с целью достижения коммерческого компромисса, который мог бы быть в значительной степени приемлем для всех заинтересованных кругов. Настоящее предложение, основанное на результатах этого переговорного процесса, направлено на комплексное урегулирование ключевых спорных вопросов. По нашему мнению, принятие конвенции на основе такого комплексного предложения будет способствовать обеспечению эффективности и единообразия в сфере международной торговли.

4. Настоящее предложение охватывает десять ключевых вопросов, которые подлежат регулированию в любой будущей конвенции, однако само предложение следует рассматривать как единое целое. В нем предпринимается попытка самым тщательным образом уравновесить различные интересы и права. Это, однако, отнюдь не означает, что Соединенные Штаты не намерены обсуждать отдельные аспекты настоящего предложения. Это лишь означает, что изменение какого-либо одного аспекта предложения может потребовать повторного рассмотрения и пересмотра других аспектов в целях сохранения взвешенного баланса интересов, который, по нашему мнению, необходимым для проведения давно назревшей реформы. Каждая из основных заинтересованных коммерческих сторон уже сделала существенные уступки в интересах достижения компромиссной позиции, изложенной в настоящем предложении.

I. Сфера применения и исполняющие стороны

5. В рамках общей комплексной договоренности Соединенные Штаты поддерживают применение режима "от двери до двери" на основе единообразного режима ответственности в отношениях между договаривающимися сторонами, с учетом исключения для ограниченной сетевой системы. Это означает, что вопрос об ответственности заключившего договор перевозчика перед сторонами, имеющими интерес в грузе, всегда будет решаться в рамках основных положений документа об ответственности (включая положения документа об ограничении ответственности и освобождении от нее), кроме как в случаях, когда вместо этих положений применяется принцип сетевой системы. Для обеспечения как можно большего единообразия мы сделаем сферу применения исключения для сетевой системы максимально узкой.

[1] В настоящем предложении все ссылки на "проект документа" касаются проекта документа по транспортному праву, содержащегося в приложении к документу A/CN.9/WG.III/WP.21.

Содержащееся в статье 4.2.1 проекта документа исключение в отношении комплексной системы, имеющее узкую сферу применения, будет приемлемо для Соединенных Штатов Америки.

6. Помимо установления режима ответственности в отношениях между заключившим договор перевозчиком и сторонами, заинтересованными в грузе, в документе должны быть предусмотрены основные положения об ответственности "морских исполняющих сторон", под которыми подразумеваются стороны, исполняющие или обязующиеся исполнить обязательства заключившего договор перевозчика в отношении участка перевозки "из одного порта в другой". Таким образом, к числу морских исполняющих сторон будут, в частности, относиться морские перевозчики, вспомогательные перевозчики, стивидоры, работающие в портовой зоне, и эксплуатанты морских терминалов.

7. В отношении других исполняющих сторон в документе не следует создавать новые основания для предъявления исков или исключать уже существующие. Так, ответственность сухопутного перевозчика (в частности, автотранспортной компании или железной дороги) должна основываться на существующем законодательстве. В некоторых странах таковым может являться какая-либо региональная конвенция по тому или иному отдельному виду транспорта, как, например, КДПГ. В других случаях им могут служить императивные или неимперативные внутренние законы, регулирующие сухопутные перевозки, или же общее законодательство о гражданских правонарушениях. В отдельных странах заинтересованные в грузе стороны могут не иметь оснований для возбуждения исков в отношении сухопутных исполняющих сторон. В этой связи сохранение существующего порядка вещей послужит закреплению тех прав, которые сухопутная исполняющая сторона может реализовать в соответствии с применимым национальным законодательством в интересах использования "Гималайской оговорки" для ссылки на права заключившего договор перевозчика согласно документу. Такие существующие права не должны ни расширяться, ни умаляться в документе.

8. В интересах реализации этого предложения в отношении исполняющих сторон Соединенные Штаты выступают за принятие определения понятия "исполняющая сторона", предложенного в пункте 16 замечаний к проекту документа. Определение, содержащееся в статье 1.17 и требующее "физической" обработки груза, носит слишком ограничительный характер. Более уместным представляется несколько более расширенное определение, касающееся стороны, которая "исполняет или обязуется исполнить" обязанности заключившего договор перевозчика. Сторона, которая обязуется исполнить часть перевозки, но затем не исполняет ее, не должна находиться в более благоприятном положении, чем оказавшаяся в аналогичном положении сторона, которая предпринимает попытки исполнить свои обязанности добросовестно, но исполняет их небрежно. Кроме того, поскольку в основе стремления к ограничению сферы применения определения лежит желание избежать установления ответственности в отношении сухопутных сторон, которые физически не обрабатывают груз, эта проблема решается в нашем предложении путем исключения всех сухопутных исполняющих сторон из положений документа об ответственности.

9. *Рекомендации:* В целях реализации этого аспекта предложения статью 1.17 проекта документа надлежит изменить в соответствии с положениями, изложенными в пункте 16 замечаний. Необходимо добавить дополнительное определение для уточнения того, какие исполняющие стороны являются "морскими" исполняющими сторонами. Статьи 6.3.1 и 6.3.2 (b) проекта документа следует пересмотреть с тем, чтобы в документе предусматривалось прямое основание для предъявления исков только морским исполняющим

сторонам, а редакцию статьи 6.3.3 проекта документа необходимо изменить таким образом, чтобы автоматическая защита на основании "Гималайской оговорки" распространялась только на морские исполняющие стороны, несущие ответственность в соответствии с документом.

II. Пределы ответственности Гаагско–Висбийских правил/ процедура внесения поправок

10. Одним из основополагающих элементов любого нового документа об ответственности за груз будут положения о пределах ответственности. В существующем виде статья 6.7.1 является неполной, поскольку в ней не уточняются применимые пределы ответственности и оставлены пропуски для цифр, которые будут внесены позднее. В рамках общей комплексной договоренности Соединенные Штаты выступают за завершение формулировки статьи 6.7.1 путем включения в нее положений об ограничениях по количеству мест и весу, предусмотренных в Гаагско–Висбийских правилах (в частности, 666,67 СПЗ за место или 2 СПЗ за килограмм). По нашему мнению, предусмотренные в настоящее время в Гаагско–Висбийских правилах пределы ответственности отражают справедливый баланс интересов. Грузоотправители получают разумные средства защиты в отношении выплат по искам, поскольку подавляющее большинство исков подпадает под действие пределов ответственности, предусмотренных в Гаагско–Висбийских правилах[2]. Перевозчики получают обоснованный уровень предсказуемости, который им необходим для расчетов стоимости страхования и рисков.

11. Однако, чтобы новый документ с годами не устарел, Соединенные Штаты предлагают включить в него процедуру обновления установленных в нем пределов ответственности. В рамках общей комплексной договоренности Соединенные Штаты Америки выступают за принятие такой процедуры, предусматривающей следующие условия: i) пределы ответственности не подлежат корректировке в течение семи лет со времени вступления документа в силу или со времени их последней корректировки; ii) до рассмотрения вопроса о любых изменениях большинство сторон документа должны направить предложение о корректировке для изучения всеми сторонами; iii) для корректировки пределов ответственности требуется две трети голосов сторон в документе; iv) действующие пределы ответственности не могут быть единовременно увеличены или сокращены более чем на 21 процент, и, в целом, они не могут быть увеличены в совокупности более чем на 100 процентов по сравнению с первоначальными пределами ответственности; и v) любая корректировка будет вступать в действие по истечении одного года с даты проведения голосования, в результате которого такая корректировка была утверждена.

12. Включение в новый документ вышеописанной процедуры внесения изменений позволило бы документу оставаться "живым" и таким образом избежать проблем, связанных с необходимостью выработки совершенно нового договора всего лишь для обновления в будущем пределов ответственности. Однако предлагаемая процедура не предусматривает автоматическую

[2] Не только подавляющее большинство исков подпадают под действие пределов ответственности, предусмотренных Гаагско–Висбийскими правилами, но и средний размер исков также в значительной степени ниже Гаагско–Висбийских ограничений. В 2001 году (последний год, за который имеются данные) средняя стоимость грузоотправлений в Соединенные Штаты Америки и из них составляла 0,44 СПЗ за килограмм. Кроме того, благодаря так называемой "контейнерной оговорке" (которая получила свое развитие в качестве статьи 6.7.2 проекта документа) практически все за редким исключением "места" в отправляемых в контейнерах грузах имеют стоимость менее 666,67 СПЗ.

корректировку пределов ответственности. Скорее можно сказать, что она обеспечивает предсказуемость за счет сохранения срока действия пределов ответственности в течение по крайней мере восьми лет. Для выдвижения предложения об обновлении пределов ответственности необходимо весьма значительное количество сторон, а для принятия поправки требуется две трети голосов. Кроме того, процедура предусматривает потолок процентного изменения пределов, которое может быть принято. По нашему мнению, такая процедура обеспечит в будущем сбалансированный подход к уровню ответственности перевозчика.

III. Исключения из режима ответственности, навигационная ошибка и бремя доказывания

13. В рамках общей комплексной договоренности Соединенные Штаты выступают за сохранение почти всех исключений в отношении перевозчика, содержащихся в статье 4(2) Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, по существу в той же форме, в которой они в настоящее время включены в Гаагские и Гаагско–Висбийские правила. Следует отказаться лишь от единственного исключения, а именно от возражения в связи с навигационной ошибкой, которое предусмотрено в статье 4(2)(a) Гаагских и Гаагско–Висбийских правил (и статье 6.1.2(a) проекта документа). Мы также выступаем за редакционное изменение возражения на основании пожара, которые фигурируют в статье 4(2)(b) Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, в целях обеспечения того, чтобы в результате расширения охвата режима ответственности с перевозки "от погрузки до разгрузки" (в соответствии с Гаагскими и Гаагско–Висбийскими правилами) до "сквозной перевозки" (в соответствии с новым документом), не было бы расширено существо возражения по причине пожара.

14. Предусмотренные в документе возражения должны освобождать перевозчика от ответственности, но не служить лишь презумпцией его невиновности. По существу разницы между этими двумя подходами на практике никакой нет. Даже в рамках системы освобождения от ответственности в соответствии с Гаагскими и Гаагско–Висбийскими правилами перевозчик утрачивает свое право на освобождение от ответственности, если стороны, имеющие интерес в грузе, смогут доказать вину перевозчика. Таким образом, на практике система освобождения от ответственности действует как система презумпции. Тем не менее мы предпочитаем, чтобы перечень возражений перевозчика был сохранен в качестве исключений из режима ответственности в интересах обеспечения большей предсказуемости и единообразия в сфере применения возражений с учетом достаточно разработанного прецедентного права на основании существующих договоров об ответственности, в которых рассматриваются возражения, используемые для освобождения перевозчика от ответственности.

15. Соединенные Штаты выступают за снятие возражения на основании навигационной ошибки, однако мы считаем, что такое изменение создает проблемы в плане нынешнего распределения бремени доказывания. Так, в соответствии с порядком его распределения по первому альтернативному варианту согласно статье 6.1.4 проекта документа, который соответствует действующему законодательству во многих странах (как поясняется в пункте 89 замечаний), снятие возражения на основании навигационной ошибки вполне может косвенно повлечь за собой лишение перевозчика всех установленных законом средств правовой защиты в любом деле, в котором может обоснованно делаться ссылка на навигационную ошибку. Второй альтернативный вариант, предусмотренный в статье 6.1.4 и поясняемый далее в пунктах 90–91 замечаний, устраняет эту проблему. Он к тому же обеспечивает более сбалансированный и реальный подход к урегулированию ситуаций с частичной виной перевозчика и

ситуаций, в которых не ясны степень вины перевозчика и возможности применения положений об освобождении от ответственности.

16. *Рекомендация*: В целях реализации этого аспекта предложения статьи 6.1.2 и 6.1.3 проекта документа должны быть заменены текстом, который по существу аналогичен статье 4(2)(c)–(q) Гаагских и Гаагско–Висбийских правил. Помимо этого статью 6.1.4 следует переработать в соответствии со вторым альтернативным вариантом. Наконец, возражение на основании пожара должно быть включено в текст в основном в следующей форме:

> "Ни морской перевозчик, ни судно не несет ответственности за утрату или повреждение в результате пожара на судне, если только такой пожар не возник вследствие действий или вины перевозчика, в отношении пожара на судне, которое он предоставил. Перевозчик не несет ответственности за утрату или ущерб в результате пожара на судне, если только такой пожар не возник вследствие фактических действий или вины перевозчика".

17. В вышеупомянутом положении вводится термин "морской перевозчик", которому можно было бы дать следующее определение: "исполняющая сторона, которая является владельцем, эксплуатантом или фрахтователем судна, используемого для морской перевозки грузов".

IV. Соглашения о морских линейных перевозках

18. В Соединенных Штатах Америки (а, по нашему мнению, и в других частях мира) один из важнейших вопросов заключается в том, каким образом в документе должны рассматриваться определенные специализированные и индивидуальные соглашения, используемые для морских линейных перевозок, которые заключаются грузоотправителями и перевозчиками. В рамках общей договоренности Соединенные Штаты считают, что документ должен охватывать такое соглашение, которое мы именуем соглашением о морских линейных перевозках ("СМЛП"), если только стороны в таком соглашении прямо не договорятся частично или полностью отойти от положений документа. Решение частично отойти от документа, однако, будет иметь обязательный характер только для сторон в СМЛП. Вместе с тем как в Соединенных Штатах, так и в других странах существуют разные мнения относительно возможности отхода от положений документа о пределах ответственности в сторону их уменьшения. Тем не менее Соединенные Штаты считают, что стороны в СМЛП должны иметь возможность отступать от любых положений документа.

A. Что такое соглашение о морских линейных перевозках?

19. СМЛП стали находить все большее применение на многих маршрутах международных перевозок после того, как в 1984 и 1998 годах было изменено законодательство США о морских перевозках с целью создания условий для заключения договоров о линейных перевозках на конкурентной основе. В результате на основании таких соглашений по многочисленным международным торговым маршрутам в настоящее время перевозится значительный объем линейных грузов.

20. СМЛП используются исключительно для линейных перевозок. Они не применяются для частных или промышленных перевозок на балкерных, танкерных, необалкерных или других нелинейных грузовых маршрутах. По этому признаку они отличаются от чартер–партий и договоров на массовые грузы (упоминаемых в главе 3 документа), которые используются применительно к нелинейным перевозкам.

21. Термин "линейные перевозки" хорошо известен на всех рынках. Линейные операции осуществляются с целью перевозки генеральных грузов по твердому и

регулярному расписанию рейсов между несколькими конкретными портами. В отличие от частных перевозок, линейное судно выполняет рейсы по общедоступному расписанию с регулярными заходами в порты, независимо от того, имеет ли оно на борту груз для перевозки. Как правило, информация о линейных перевозках дается в рекламе, и ими могут воспользоваться клиенты, имеющие груз, который можно перевозить на судах и на условиях перевозчика.

22. В соответствии с документом для квалификации договоров в качестве СМЛП они должны иметь следующие отличительные особенности: 1) они согласовываются сторонами в письменной форме (либо в сопоставимой электронной форме), помимо коносамента или транспортного документа, выдаваемого при получении груза перевозчиком или исполняющей стороной; 2) они используются для линейных перевозок; 3) они предусматривают обязательство перевозчика, которое иначе не возлагается на перевозчиков согласно документу (так, например, обязательство перевозчика обеспечить надлежащее получение, погрузку, укладку, перевозку и доставку груза); 4) грузоотправитель соглашается на перевозку определенного массового груза, который будет перевозиться последовательными партиями (так, например, договор охватывает несколько партий груза); и 5) грузоотправитель и перевозчик договариваются о ставках и сборах на основе объема груза и условий перевозки.

B. Режим, предусматриваемый главой 17, в сопоставлении с режимом, предусматриваемым главой 3 проекта документа

23. В общем плане, по мнению Соединенных Штатов, все грузы, перевозимые на основании СМЛП, должны регулироваться документом, если только стороны напрямую не договариваются об отходе ото всех или некоторых положений документа. Таким образом, будет обеспечиваться, что большинство перевозок, осуществляемых в соответствии с СМЛП, будут регулироваться документом, если только договаривающиеся стороны не примут ясно выраженного иного решения. Любая договоренность об отходе от положений документа имеет обязательный характер только для участников СМЛП. Таким образом, при выдаче коносаментов или других транспортных документов на грузы, перевозимые в соответствии с СМЛП, любая сторона или держатель коносамента или транспортного документа, не являющиеся также стороной СМЛП, не будет связана никаким соглашением об отходе от документа.

24. Предоставление сторонам возможности договариваться об особых условиях повышает эффективность и способствует обеспечению более полного соответствия услуг потребностям международной коммерческой деятельности. Накопленный почти за двадцать лет опыт свидетельствует о том, что ни перевозчики, ни грузоотправители не несут каких-то явных потерь в плане ослабления своих позиций на переговорах по согласованию основных условий перевозки. Скорее наоборот, участники СМЛП зачастую вступают в такие договоры с целью выработки индивидуальной схемы перевозок на основе деловых потребностей участвующих сторон.

25. В том случае, если СМЛП будут рассматриваться в главе 3 и исключены из документа согласно статье 3.3.1, за пределами сферы его применения останутся тысячи линейных перевозчиков и значительный объем грузов, если только стороны не заключат какой-либо договор, обеспечивающий эффективное применение документа в рамках частной договоренности, Соединенные Штаты Америки решительно возражают против такого подхода. Мы считаем, что документ должен быть нормой, которая автоматически применяется в полном объеме к грузоотправителю и перевозчику в связи с осуществлением перевозок на основании СМЛП. Однако когда этого требуют условия коммерческой деятельности, стороны в договоре должны иметь возможность создавать такую

схему перевозок, которая их устраивает, включая договоренность об отходе от положений документа.

26. Высказывались опасения, что рассматриваемое положение может оказаться несправедливым по отношению к малым грузоотправителям. На самом деле это никак не сказалось на способности мелких грузоотправителей заключать договоры и согласовывать ставки и условия линейных перевозок. Более того, в случае неудовлетворенности результатами переговоров по СМЛП, грузоотправитель может отказаться от заключения договора и отправить свой груз по стандартным расценкам и тарифам, обычно предлагаемым линейными перевозчиками, или же отправить его с конкурирующим перевозчиком. Возможность использования таких стандартных тарифов и регулярное наличие альтернативных перевозчиков, выбираемых на конкурентной основе, также отличает линейные перевозки от других форм морских перевозок.

27. Уместно отметить, что в отличие от договоров, распространяющихся на пассажиров и багаж, в которых участвуют в первую очередь перевозчики и потребители, документ будет почти полностью посвящен деятельности коммерческих предприятий, знакомых с условиями международных сделок. Покупатели и продавцы товаров должны обладать базовым уровнем коммерческих знаний для оформления заказов на покупки и торговых соглашений, решения вопросов логистики, передачи прав собственности, упаковки, таможенных сборов, поручительства, аккредитивов и другой финансовой документации, гарантий и страховки. Стороны, при необходимости, должны также уметь согласовывать особые условия ответственности в качестве части индивидуального соглашения о договорных транспортных услугах.

28. Таким образом, в связи с проблемой, создаваемой законодательством США, которое фактически не допускает заключения соглашений по типу СМЛП перевозчиками, не использующими суда (НИСП) со своими клиентами, мы хотели бы рассмотреть некоторые проблемы, затронутые этими заинтересованными сторонами во избежание необоснованного ущемления интересов НИСП. В частности, было бы допустимо включить положение, запрещающее морским перевозчикам вступать в СМЛП с НИСП, которые предполагают более низкие пределы ответственности по сравнению со стандартами, предусмотренными в документе.

C. Рекомендация

29. В интересах реализации этого аспекта предложения статью 17 необходимо изменить таким образом, чтобы она предоставляла сторонам в соглашении о морских линейных перевозках свободу изменения режима ответственности, предусмотренного документом, как об этом подробно говорилось выше. Кроме того, в этом документе выражение "соглашение о морских линейных перевозках" должно иметь следующее определение:

> a) "Соглашение о морских линейных перевозках представляет собой договор в письменной (или в электронной) форме, помимо коносамента или другого транспортного документа, выдаваемого при получении груза перевозчиком или исполняющей стороной, заключаемый между одним и несколькими грузоотправителями или одним или несколькими перевозчиками, в рамках которого перевозчик или перевозчики соглашается/соглашаются выполнить полноценное обязательство по оказанию услуги в виде морской перевозки (которая может включать также наземную перевозку и соответствующие услуги) минимального объема груза посредством перевозки серии партий груза на судах, используемых для линейных перевозок, за которую грузоотправитель или грузоотправители соглашаются уплатить по обусловленным ставкам и предоставить минимальный объем груза.

b) Для целей пункта (a) выражение "полноценное обязательство по оказанию услуги" означает обязательство в отношении оказания услуги, которое в императивном порядке не предусмотрено в отношении перевозчика в соответствии с настоящим документом.

c) Для целей пункта (a) выражение "линейные перевозки" означает общедоступные морские грузовые перевозки с использованием судов для транспортировки генеральных грузов по твердому регулярному расписанию рейсов между несколькими конкретными портами.

d) Соглашение о морских линейных перевозках не включает фрахтование судна или фрахтование пространства или мощностей на линейном судне.

V. Выбор суда

A. Общее правило

30. В рамках общей договоренности Соединенные Штаты считают, что документ должен ограничивать круг приемлемых инстанций для судебных и арбитражных разбирательств определенными допустимыми местами. В качестве общего правила был бы приемлем подход, в основе своей соответствующий положениям Гамбургских правил, однако в нем следовало бы изменить два принципиальных момента. Во-первых, по Гамбургским правилам право выбора суда из числа указанных принадлежит "истцу", в результате чего остается открытой возможность возбуждения перевозчиком (как потенциальным ответчиком по делу об ущербе грузу) иска в качестве истца по заявлению об отсутствии ответственности, что лишит потерпевшего истца права выбора, которое ему принадлежит. В документе следует четко указать, что право выбора принадлежит истцу. Во-вторых, перечень приемлемых судов следует ограничить следующим образом:

i) место, в котором груз первоначально получен перевозчиком или исполняющей стороной у грузоотправителя, или порт, в котором груз был первоначально погружен на морское судно;

ii) место, в которое груз доставлен перевозчиком или исполняющей стороной во исполнение статьи 4.1.3 или 4.1.4, либо порт, в котором груз окончательно сгружен с морского судна;

iii) основное место коммерческой деятельности или постоянное местожительство ответчика; или

iv) место, указанное в договоре перевозки или другом соглашении.

31. Данный перечень отличается от перечня, содержащегося в Гамбургских правилах, по двум принципиальным аспектам. В дополнение к портам погрузки и разгрузки в нем используются места получения и доставки груза. Таким изменением по существу признается возможность применения документа к сквозным перевозкам (в отличие от применения Гамбургских правил к перевозкам "от порта до порта"). Из перечня также исключено место заключения договора. В наше время, когда договоры заключаются с помощью электронных средств, установить место заключения договора нередко трудно, и обычно оно не имеет значения для сделки, даже если его можно определить. К тому же им можно легко манипулировать, если это дает какие-либо преимущества.

32. Вопрос об определении соответствующего "места", подпадающего под категорию надлежащего форума для подачи исков в связи с грузом, можно решать разными путями. Принятый в Гамбургских правилах подход (в котором за основу берется суд, имеющий юрисдикцию над конкретным указанным

физическим месторасположением) может быть приемлем. При таком решении, разумеется, значительная роль отводится внутреннему законодательству, регулирующему процессуальные вопросы.

33. Применение документа к сквозным перевозкам и предусмотренный в нем режим для исполняющих сторон также требуют к себе пристального внимания в ходе разработки положения, регулирующего вопрос о выборе суда. По нашему мнению, перечень приемлемых судов должен применяться только к действиям, совершаемым в отношениях между перевозчиком и сторонами, имеющими интерес в грузе. Перечисленные суды могут оказаться неприемлемыми для исков против исполняющей стороны. Поскольку сторона, заявляющая требование на груз, имеет основания для подачи иска в соответствии с документом против исполняющей стороны, ответчику должна быть предоставлена возможность выдвинуть иск в любом суде, имеющем юрисдикцию в отношении ответчика.

B. Исключения из общего правила в случаях СМЛП

34. Хотя подход, который в своей основе соответствует положениям Гамбургских правил, был бы приемлем в качестве общей нормы, в случаях, связанных с СМЛП (см. часть 4 выше), необходимо сделать два исключения. Во-первых, стороны в СМЛП в отношениях между собой должны иметь возможность (по вышеизложенным причинам) напрямую договариваться в письменной форме об отходе от применения всего документа или какой-либо его части, включая положение о суде. Таким образом, стороны в СМЛП могут договориться о том, что возбуждаемые ими разбирательства будут проводиться в каком-либо конкретном суде (даже если такое соглашение и не является обязательным для третьих сторон). Такой выбор имеет приоритет перед любыми другими вариантами выбора, предусмотренными документом. Подобная свобода может иметь очень большое значение в ситуациях, в которых сторонам известно, что к транспортным документам не будут иметь отношение третьи стороны (так, например, в случае поставки груза из компании в зарубежный филиал, или поставки груза, в рамках которой партнер перевозчика по договору является грузополучателем).

35. Во-вторых, когда стороны в СМЛП назначают какой-либо суд для проведения разбирательств в связи с грузом, по нашему мнению, в документе должно быть предусмотрено распространение избранного суда на последующую третью сторону (как, например, грузополучатель или последующий держатель коносамента) при определенных условиях, что таким образом придаст ему обязательный характер как для перевозчика, так и для третьей стороны в случае разбирательств между ними. (Третья сторона не будет ограничена назначенным судом в случае возбуждения иска к исполняющей стороне.) В частности, мы предлагаем разрешить такое расширение юрисдикции на следующих условиях:

i) стороны СМЛП должны прямо выразить согласие в рамках СМЛП на распространение юрисдикции избранного суда на последующую сторону;

ii) последующей стороне, на которую будет распространено действие соглашения, необходимо представить письменное или электронное уведомление о месте, в котором может быть возбужден иск (например, коносамент или другой документ);

iii) стороны в СМЛП должны выбрать следующее место или места:

a) место, в котором груз первоначально получен перевозчиком или исполняющей стороной у грузоотправителя, или порт, в котором груз первоначально погружен на морское судно, или

b) место, в которое груз доставлен перевозчиком или исполняющей стороной во исполнение статьи 4.1.3 или 4.1.4, либо порт, в котором груз окончательно сгружен с морского

c) основное место коммерческой деятельности или постоянное местожительство ответчика;
в связи с одной или несколькими партиями груза, перевозимыми согласно надлежащему СМЛП; и

iv) избранное в СМЛП место должно быть расположено в ратифицировавшей документ стране.

VI. Оговорки

36. Соединенные Штаты в целом согласны с распределением рисков, предусмотренным статьей 8.3 проекта документа, однако, на наш взгляд, в определенных случаях предусмотренный в проекте документа режим для контейнерных грузов возлагает чрезмерное бремя на стороны, которые могут заявить требование на груз. По причинам, изложенным в пунктах 151–152 замечаний, в таких случаях стороны, заявляющие требование на груз, на законных основаниях могут ожидать более серьезной защиты в отношении контейнерного груза, чем она в настоящее время предусмотрена в проекте документа. Документ следует изменить в соответствии с предложениями, изложенными в пунктах 153–154 замечаний, в интересах обеспечения справедливого и разумного средства решения вопросов о том, что на разумных основаниях можно предполагать в отношении описаний груза, представляемых грузоотправителем.

VII. Отклонение от курса

37. В большинстве стран мира в связи с доктриной отклонений от курса не возникает каких-либо серьезных трудностей. К сожалению, она остается проблемой в Соединенных Штатах Америки (и, возможно, в некоторых других странах с системами общего права). Поддерживая предусмотренный в проекте документа режим ответственности за отклонения от курса, мы тем не менее считаем, что текст необходимо пересмотреть и уточнить, что единственным отклонением, за которое перевозчик может быть признан ответственным, является "необоснованное отклонение от курса" и что такая концепция касается только выбора маршрута следования морского судна (эксплуатируемого перевозчиком или исполняющей стороной). Подобным образом в тексте должно быть более четко указано, что в случае "необоснованного" отклонения от курса перевозчик утратит право на ограничение своей ответственности только согласно статье 6.8.

38. *Рекомендация*: В интересах реализации этого аспекта предложения статью 6.5 проекта документа следует пересмотреть следующим образом:

a) Перевозчик не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза, вызванные либо отклонением судна от курса, допущенного в целях спасания или попытки спасания жизни или имущества на море, либо любым другим разумным отклонением судна от курса.

b) Если отклонение от курса является нарушением обязательств перевозчика в соответствии с правовой доктриной, признанной в национальном законодательстве или настоящем документе, такая доктрина применяется только в случае неразумного отклонения от курса при выборе маршрута морского судна.

c) Если отклонение от курса является нарушением обязательств перевозчика, нарушение имеет последствия только в соответствии с положениями настоящего документа. В частности, отклонение от курса не

лишает перевозчика его прав по настоящему документу, за исключением предусмотренного в статье 6.8.

VIII. Задержка

39. Соединенные Штаты поддерживают предусмотренный в проекте документа режим ответственности за задержку, изложенный в статье 6.1 без формулировок в квадратных скобках. Поскольку мы рассматриваем задержку как вопрос коммерческий, который подлежит согласованию между сторонами, мы также полагаем, что, если только стороны со всей ясностью не договорились иначе, компенсация за задержку должна ограничиваться суммами, причитающимися за физическую утрату или повреждение груза с учетом пределов общей ответственности согласно статье 6.7 проекта документа. Иными словами, компенсация за косвенный ущерб должна допускаться только в случае явного согласия на это сторон. Такая позиция потребует также исключения из статьи 6.8 взятой в квадратные скобки формулировок относительно задержки.

40. *Рекомендация*: в целях реализации этого аспекта предложения следует исключить касающиеся задержки и помещенные в квадратные скобки формулировки из статьи 6.4.1 и из статьи 6.8. Статью 6.4.2 следует изложить в следующей новой редакции:

> "Если задержка в сдаче приводит к ущербу, который не является результатом физической утраты или повреждения перевозимого груза, перевозчик может считаться ответственным за такую утрату лишь в случае, если перевозчик выразил явное согласие нести ответственность за такую утрату в результате задержки".

IX. Смешанные договоры перевозки и договоренности грузоотправителя с агентами

41. Соединенные Штаты в целом поддерживают режим смешанных договоров перевозки, предусмотренный в проекте документа, а также договоренностей грузоотправителя с агентами, о которых говорится в статье 4.3, однако мы считаем необходимым внести ряд изменений и уточнений. В первую очередь мы полагаем, что в случае, когда перевозчик выступает не в качестве "перевозчика" а в качестве агента грузоотправителя или грузополучателя, статья 4.3.2 должна применяться только на субсидиарной основе. Стороны должны быть свободны прямо договариваться об уровне обязанностей перевозчика. Поэтому мы предпочли бы добавить в начале статьи 4.3.2 формулировку "за исключением случаев, когда стороны прямо договорились об ином".

X. Ложное заявление грузоотправителя

42. Получение точного описания товара жизненно необходимо для безопасной и успешной перевозки груза. От характера и стоимости товара зависят фрахтовая ставка, которую взимает перевозчик, меры по уменьшению риска, укреплению физической безопасности и другие мероприятия, которые могут быть необходимы для обеспечения успешной перевозки груза. По этой причине мы считаем, что без ограничения других положений документа, касающихся неспособности должным образом представить необходимую информацию, в нем должно быть включено конкретное положение, касающееся этого вопроса (как и в третьем пункте статьи 4 (5) Гаагских правил (статья 4(5)(h) Гаагско–Висбийских правил)). В этом положении должно указываться, что перевозчик не

несет ответственности за утрату или повреждение груза, если его характер или стоимость были сознательно и существенно искажены грузоотправителем.

43. *Рекомендация*: Для реализации этого аспекта предложения мы предлагаем включить в конце статьи 6.1 следующее новое положение:

> Перевозчик не несет ответственности за задержку в сдаче, утрату или повреждение груза или в связи с ними, если данные о характере или стоимости груза были сознательно и существенно искажены грузоотправителем в договоре перевозки или транспортном документе

F. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 3-14 мая 2004 года)

(A/CN.9/552) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
	ВВЕДЕНИЕ	1–7
V.	ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	8–9
VI.	ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА ДОКУМЕНТА О [ПОЛНОСТЬЮ ИЛИ ЧАСТИЧНО] [МОРСКОЙ] ПЕРЕВОЗКЕ ГРУЗОВ	10–164
	Глава 5. Ответственность перевозчика (продолжение)	10–91
	Проект статьи 15. Ответственность исполняющих сторон	10–17
	Пункт 6	11–17
	Проект статьи 16. Задержка	18–31
	Пункт 1	20–24
	Пункт 2	25–31
	Проект статьи 17. Исчисление возмещения	32–37
	Пункт 1	33–34
	Пункт 2	35
	Пункт 3	36–37
	Проект статьи 18. Пределы ответственности	38–51
	Пункт 1	39–44
	Пункт 2	45–47
	Пункт 3	48–49
	Пункт 4	50–51
	Проект статьи 19. Утрата права на ограничение ответственности	52–62
	Проект статьи 20. Уведомление об утрате, повреждении или задержке	63–87
	Пункт 1	64–75
	Пункт 2	76–81
	Пункт 3	82–84
	Пункт 4	85–87
	Проект статьи 21. Внедоговорные требования	88–91
	Глава 6. Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки	92–117
	Проект статьи 22. Ответственность перевозчика	92–99
	Проект статьи 23. Отклонение от курса	100–102
	Проект статьи 24. Палубный груз	103–117
	Пункт 1	104–106
	Пункт 2	107–109
	Пункт 3	110–111
	Пункт 4	112–117

Глава 7. Обязательства грузоотправителя по договору 118–161
Проект статьи 25 118–123
Проект статьи 26 124–129
Проект статьи 27 130–133
Проект статьи 28 134–137
Проекты статей 29 и 30 138–148
Проект статьи 29 бис 149–153
Проект статьи 31 154–158
Проект статьи 32 159–161
Глава 9. Фрахт 162–164
VII. ДРУГИЕ ВОПРОСЫ 165–168

Введение

1. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия учредила Рабочую группу III (Транспортное право) и возложила на нее задачу подготовки в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными организациями законодательного документа по таким вопросам, касающимся международной морской перевозки грузов, как сфера применения документа, период ответственности перевозчика, обязанности перевозчика, ответственность перевозчика, обязанности грузоотправителя и транспортные документы[1]. Рабочая группа приступила к работе над проектом документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов на свой девятой сессии в 2002 году. Самая последняя подборка ссылок, касающихся истории разработки проекта документа, приводится в документе A/CN.9/WG.III/WP.35.

2. Рабочая группа III (Транспортное право), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тринадцатую сессию в Нью–Йорке 3–14 мая 2004 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрия, Бенин, Бразилия, Буркина–Фасо, Германия, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Канада, Кения, Китай, Колумбия, Литва, Мексика, Российская Федерация, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Судан, Таиланд, Фиджи, Франция, Швеция и Япония.

3. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих государств: Австралия, Аргентина, Беларусь, Бруней–Даруссалам, Венесуэла, Греция, Дания, Катар, Куба, Кувейт, Монголия, Нигерия, Нидерланды, Никарагуа, Новая Зеландия, Норвегия, Перу, Республика Корея, Сенегал, Турция, Филиппины, Финляндия, Чешская Республика, Чили, Швейцария и Эквадор.

4. На сессии были представлены также наблюдатели от следующих международных организаций:

a) **межправительственные организации, приглашенные Комиссией**: Афро–азиатская консультативно–правовая организация, Межправительственная

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 345.

организация по международным перевозкам железнодорожным транспортом (ОТИФ);

b) **международные неправительственные организации, приглашенные Комиссией**: Ассоциация американских железных дорог (ААЖД), Международный морской комитет (ММК), Иберо–американский институт морского права, Международная торговая палата (МТП), Международная палата судоходства (МПС), Международная федерация транспортно–экспедиторских ассоциаций (ФИАТА), Международная группа клубов P&I, Международная ассоциация смешанных перевозок (ИММТА), Международный союз морского страхования (МСМС), Балтийский международный морской совет (БИМКО) и Ассоциация транспортных посредников (АТП).

5. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г–н Рафаэль Иллескас (Испания)

Докладчик: г–н Уолтер Де Са Лейтан (Бразилия)

6. Рабочей группе были представлены следующие новые документы:

a) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.III/WP.35);

b) предварительный пересмотренный проект статей проекта документа, рассмотренного Рабочей группой на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/WG.III/WP.36);

c) предложение Китая в отношении главы 19 проекта документа и по вопросу свободы договора (A/CN.9/WG.III/WP.37).

7. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц

2. Утверждение повестки дня

3. Подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов

4. Другие вопросы

5. Утверждение доклада.

I. Обсуждения и решения

8. Рабочая группа продолжила рассмотрение проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов на основе следующих документов:

- текст, содержащийся в приложении к записке Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32);
- содержащийся в записке Секретариата предварительный пересмотренный проект статей, рассмотренных Рабочей группой на ее двенадцатой сессии, (A/CN.9/WG.III/WP.36);
- предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.III/WP.34) в отношении десяти аспектов проекта документа.

9. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект ряда положений на основе результатов обсуждений и выводов Рабочей группы. Эти обсуждения и выводы отражены в разделе II ниже.

II. Подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов

Глава 5. Ответственность перевозчика (продолжение)

Проект статьи 15. Ответственность исполняющих сторон

10. Было указано, что Рабочая группа не имела достаточного времени в течение своей двенадцатой сессии для обсуждения последнего пункта проекта статьи 16 проекта документа (см. A/CN.9/54, пункт 181).

Пункт 6

11. Рабочая группа рассмотрела текст пункта 6 проекта статьи 15, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.36 (ранее пункт 7 проекта статьи 15, содержащегося в документе A/CN.9/WG.III/WP.32).

Солидарная ответственность

12. Были подняты вопросы относительно взаимосвязи между пунктом 6 и пунктом 5 (в котором закрепляется принцип, согласно которому, если ответственность несут несколько морских исполняющих сторон, такая ответственность является солидарной). В отношении пункта 5 было высказано мнение о том, что концепцию "joint and several liability" общего права, возможно, нельзя толковать как полный эквивалент таких концепций гражданского права как "*responsabilité solidaire*" или "*responsabilidad solidaria*", которые в свою очередь отличаются от таких понятий, как "*responsabilité conjointe*" или "*responsabilidad mancomunada*". Широкую поддержку получило мнение о том, что, возможно, потребуется провести дополнительную работу, с тем чтобы четко указать в вариантах на всех языках, что, если ответственность в соответствии с пунктом 5 несут несколько сторон, каждая сторона несет индивидуальную ответственность за возмещение общего ущерба с учетом любого применимого статутного ограничения, а также с учетом любого регрессного иска, который такая сторона может предъявить другим несущим ответственность сторонам.

Совокупная ответственность

13. Было выражено общее согласие с принципом, который закрепляется в пункте 6 и согласно которому, если все ответчики по иску имеют право ссылаться на положения проекта документа об ограничении ответственности, истец не может требовать от заключившего договор перевозчика и/или морской исполняющей стороны совокупной суммы, превышающей общие пределы ответственности, предусмотренные в проекте документа.

Взаимный зачет – исключение неморских исполняющих сторон

14. Был рассмотрен вопрос о взаимном зачете ущерба среди ответчиков по данному требованию и обсуждены различные возможные сценарии. Было выражено беспокойство в связи с тем, каким образом принцип совокупной ответственности будет функционировать в случае одновременного применения различных режимов ответственности, что может привести к объединению в одном требовании ответчиков, которые могут ссылаться на совокупное ограничение ответственности, и ответчиков, которые не могут этого делать. Так, например, если ответственность несут как морские, так и неморские исполняющие стороны и для неморских сторон установлены более высокие пределы ответственности в соответствии с применимым правом, пункт 6 не должен устанавливать более низкий предел ответственности для таких неморских сторон. В то же время, если возмещение будет выплачиваться на основании норм другого режима ответственности в случае, когда истец требует

возмещения в иске, поданном непосредственно против неморской исполняющей стороны, а затем в иске против заключившего договор перевозчика, возмещение, причитающееся с неморской исполняющей стороны, должно быть зачтено против суммы, истребуемой от заключившего договор перевозчика. Был приведен также другой пример, когда предел ответственности нарушается в отношении одного из ответчиков по причинам преднамеренного неправомерного поведения, однако такой предел продолжает действовать в отношении других ответчиков. Для того чтобы снять основания для беспокойства по некоторым из этих вопросов, Рабочая группа в целом решила, что пункт 6 должен применяться как к заключившему договор перевозчику, так и к морским исполняющим сторонам, но в нем следует четко указать, что он не предназначен для применения в отношении неморских исполняющих сторон.

15. В отношении возможной формулировки пункта 6 было предложено заменить слова "всех таких лиц" ссылкой на заключившего договор перевозчика и морские исполняющие стороны. В противном случае предлагалось использовать следующую формулировку пункта 6: "Без ущерба для статьи 19 совокупная ответственность всех таких лиц, в том что касается ответственности заключившего договор перевозчика и любой морской исполняющей стороны, не превышает общих пределов ответственности в соответствии с настоящим документом". Было также высказано мнение о том, что вопрос о взаимном зачете должен решаться в соответствии с применимым внутренним правом. Еще одно предложение состояло в том, что при подготовке пересмотренного проекта пункта 6 можно было бы воспользоваться текстом статьи 10 Гамбургских правил.

Место пунктов 5 и 6

16. Было высказано мнение о том, что пункты 5 и 6 следует объединить и что, поскольку они должны применяться в отношении как заключивших договор перевозчиков, так и морских исполняющих сторон, их следует перенести из статьи 15, возможно, в положение, касающееся ограничения ответственности.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 6

17. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- в проект положения следует внести надлежащее разъяснение, с тем чтобы отразить консенсус, достигнутый в отношении значения термина "солидарная ответственность";
- общий принцип в отношении совокупных требований, закрепленный в пункте 6, является уместным;
- пункты 5 и 6 должны применяться в отношении как заключивших договор перевозчиков, так и морских исполняющих сторон;
- пункты 5 и 6 следует выделить из проекта статьи 15 в отдельное положение;
- необходимо продолжить обсуждения в отношении целесообразности разработки унифицированного правила по вопросу о взаимном зачете, в отсутствие которого, возможно, необходимо будет предусмотреть, что этот вопрос должен регулироваться в соответствии с применимым внутренним правом;
- Секретариату следует подготовить пересмотренный проект, принимая во внимание различные возможные решения по вопросу о взаимном зачете, на основе изложенных выше мнений и предложений.

Проект статьи 16. Задержка

18. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 16, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

19. Были выражены сомнения в отношении того, следует ли вообще рассматривать в проекте документа вопрос о задержке в сдаче. В поддержку исключения проекта статьи 16 было высказано мнение о том, что этот вопрос носит чисто коммерческий характер и поэтому должен решаться заинтересованными сторонами в контексте их договорных отношений. Было указано, что исходя из этого вопрос о задержке в сдаче не рассматривается в Гаагских правилах. Были приведены примеры ситуаций, когда положение, в котором уделяется чрезмерное внимание задержке в сдаче, может не учитывать некоторые установившиеся обычаи и виды договорной практики или даже наносить ущерб безопасности морских перевозок. Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что вопрос о задержке в сдаче должен быть урегулирован, и, как это сделано в других действующих режимах ответственности, включая такой режим морских перевозок как Гамбургские правила, может быть соответствующим образом рассмотрен в проекте документа.

Пункт 1

Задержка, когда стороны прямо согласовали срок сдачи

20. Была выражена общая поддержка мнению о том, что перевозчик может нести ответственность за нарушение своего обязательства сдать груз в течение срока, который был им прямо согласован. В качестве редакционного предложения было высказано мнение о том, что слова "срок, прямо определенный соглашением", используемые в статье 5(2) Гамбургских правил, являются более точными, чем существующая формулировка проекта положения.

Задержка, когда стороны прямо не согласовали срок сдачи

21. Обсуждения были сосредоточены на вопросе о том, должен ли в таком случае перевозчик нести ответственность за сдачу груза после истечения "срока, который было бы разумно требовать от заботливого перевозчика". Против ссылки на "разумный срок" были высказаны возражения на том основании, что она является слишком субъективной, неточной, открытой для широкого толкования местными судами, и таким образом может привести к повышению несогласованности в международной юриспруденции. В связи с этим было также указано, что установление обязательства перевозчика сдать груз в течение "разумного срока" приведет к дальнейшему нарушению баланса обязательств между перевозчиками и грузоотправителями, баланса, который уже был изменен в ущерб перевозчикам в результате снятия исключения на основе навигационной ошибки (см. A/CN.9/544, пункт 127). В ответ было указано, что, хотя в пункте 1 может устанавливаться определенное обязательство перевозчика, следует учитывать, что пункт 2 предусматривает существенное ослабление такого обязательства в результате ограничения ответственности перевозчика за косвенные убытки в случае задержки в сдаче.

22. Преобладающее мнение состояло в том, что субсидиарная норма, аналогичная положению, заключенному в квадратные скобки в конце пункта 1, является необходимой для того, чтобы отразить общий принцип, согласно которому сдача груза должна производиться без необоснованной задержки. Было указано, что ссылка на "особенности вида транспорта" или "конкретные обстоятельства рейса" обеспечивает вполне достаточные гарантии для установившихся видов коммерческой практики, которые, как отмечалось,

допускают определенную степень непоследовательности применения такого принципа. Было дано разъяснение о том, что субсидиарная норма необходима также для того, чтобы избежать исключения ответственности перевозчика в ситуациях, когда срок сдачи подразумевается, хотя прямо и не согласован сторонами. Было указано также, что в случае исключения субсидиарной нормы, содержащейся в пункте 1, этот вопрос будет регулироваться в соответствии с внутригосударственным правом, а такое решение будет означать необоснованный отход от общей цели содействия унификации права.

23. В отношении обстоятельств, перечисленных в конце пункта 1, было высказано предложение добавить ссылку на "особенности груза". В соответствии с другим предложением заключительную формулировку этого пункта следует упростить по аналогии с положениями статьи 5(2) Гамбургских правил, в которой содержится только ссылка на "конкретные обстоятельства". Еще одно мнение состояло в том, что ссылку на "условия договора" следует в любом случае сохранить в качестве обязательного условия. В отношении согласованности терминологии был задан вопрос об использовании термина "place of destination". Было высказано мнение о том, что следует проанализировать текст проекта документа, с тем чтобы избежать проведения необоснованного разграничения в английском тексте между словами "place" и "location", а также снять неопределенность по вопросу о том, относится ли понятие location к месту сдачи по договору или же фактическому месту сдачи. В порядке редакционного замечания было предложено исключить как излишние слова "при отсутствии такого соглашения".

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 1

24. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- в проекте документа следует отразить принцип, в соответствии с которым перевозчик должен нести ответственность за задержку в сдаче, причем подобная ответственность должна основываться на вине перевозчика;
- субсидиарную норму в конце этого пункта следует сохранить без квадратных скобок;
- Рабочая группа приняла к сведению упомянутые выше предложения в отношении подробной формулировки пункта 1 при том понимании, что обсуждение окончательной формулировки, возможно, необходимо будет продолжить на одной из будущих сессий на основе пересмотренного проекта, который будет подготовлен Секретариатом.

Пункт 2

"ущерб, который не является результатом утраты или повреждения перевозимого груза"

25. Была выражена широкая поддержка предложению сохранить в проекте документа положение, ограничивающее ответственность перевозчика за косвенные убытки (именуемые также "чисто экономические потери") в результате задержки в сдаче. Было указано, что такое положение обычно содержится в международных документах, регулирующих железнодорожные и автомобильные перевозки. Что касается формулировки этого положения, то широкую поддержку получило мнение о том, что ситуацию, когда причиняются косвенные убытки, следует описать, используя более четкую и менее громоздкую формулировку, чем формулировка существующего пункта 2 ("ущерб, который не является результатом утраты или повреждений перевозимого груза").

"[в ... раза кратной фрахту, подлежащему уплате за задержанный сдачей груз]"

26. Был задан вопрос о том, почему необходимо использовать особый метод (т.е. ссылаться на фрахт) для определения объема ответственности перевозчика за косвенные убытки (и ограничения такой ответственности) вместо того, чтобы использовать общий метод (т.е. ссылаться на стоимость груза), который предусмотрен в проектах статей 17 и 18 для исчисления возмещения в случае утраты или повреждения груза. Было дано разъяснение о том, что косвенные убытки концептуально отличаются от повреждения груза и могут быть не связаны со стоимостью груза. Для иллюстрации такого различия было указано, что в ряде действующих транспортных законов и международных документов содержится ссылка на фрахт для исчисления возмещения за косвенные убытки. В то же время было также указано, что сумма косвенных убытков может быть существенно выше стоимости груза, в то время как фрахт, как правило, соответствует небольшой части такой стоимости. Предложение объединить оба метода на основе формулировки "[в ... раза кратной фрахту, подлежащему уплате за задержанный сдачей груз, или пределу ответственности, установленному в статье 18, в зависимости от того, какая сумма выше]" не получило значительной поддержки.

27. Особое внимание в ходе обсуждения было уделено вопросу о коэффициенте, который будет применяться, если будет решено использовать ссылку на фрахт. Существенная поддержка была выражена предложению ограничить на низком уровне сумму компенсации, причитающейся с перевозчика за косвенные убытки в случае задержки в сдаче. Соответственно было высказано мнение о том, что такой предельный уровень не должен превышать (более чем в один раз) сумму фрахта, подлежащего уплате за задержанный сдачей груз. Предложение рассмотреть возможность применения альтернативных коэффициентов в размере 2,5 или 4 для продолжения обсуждений не получили существенной поддержки. Серьезное беспокойство было выражено в отношении возможности превышения пределов такого возмещения в соответствии со статьей 19 (продолжение обсуждений см. пункты 52–62 ниже).

Свобода договора

28. В качестве еще одного метода ограничения последствий положения, устанавливающего ответственность перевозчика за косвенные убытки при задержке в сдаче груза, было предложено обусловить применение пункта 2 соблюдением принципа свободы договора сторон. Мнение, которого придерживалось значительное число делегаций, состояло в том, что такая ссылка на свободу договора может противоречить общему принципу, закрепленному, исходя из соображений публичной политики, в пункте 1 (см. пункт 22 выше). Тем не менее было также принято решение о том, что рассмотрение этого вопроса, возможно, необходимо будет продолжить в рамках проекта статьи 19 применительно к утрате права ограничивать ответственность, а также в контексте общего обсуждения вопроса об автономии сторон в рамках главы 19. В связи с этим было указано, что предложение о пересмотре пункта 2 на основе принципа свободы договора было выдвинуто в пункте 40 документа A/CN.9/WG.III/WP.34.

Возможность преобразования в полную утрату

29. С учетом статьи 20(1) Конвенции о договоре международной перевозки грузов (КДПГ) было высказано предложение о том, что после истечения установленного предельного срока в 90 дней с момента, когда перевозчик принял груз, факт несдачи груза будет рассматриваться в качестве убедительного доказательства утраты груза, а правомочное лицо может считать такой груз

потерянным. Хотя это предложение получило определенную поддержку, было указано, что подобное положение может необоснованно усложнить проект документа, особенно с учетом того, что могут потребоваться дополнительные положения для избежания выплаты чрезмерного возмещения, если груз будет обнаружен по истечении срока в 90 дней. Такие вопросы, как передача права собственности на груз перевозчику или предоставление грузополучателю возможности выбора между грузом и возмещением, были в целом сочтены слишком сложными и требующими чрезмерной детализации, поэтому их рассмотрение в проекте документа не представляется необходимым.

Место пункта 2

30. Было высказано мнение о том, что пункт 2, возможно, лучше включить в статью 18. Общую поддержку получило мнение о том, что этот вопрос, возможно, необходимо будет вновь рассмотреть на одной из будущих сессий.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 2

31. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- предельные размеры суммы, подлежащей уплате за косвенные убытки в случае задержки в сдаче, следует рассчитывать на основе ссылки на фрахт;
- в пункт 2 для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий будут включены слова "[в один раз] кратной фрахту, подлежащему уплате за задержанный сдачей груз";
- в начале пункта 2 будут включены слова "[Если не согласовано иное]", а также сноска с указанием на то, что рассмотрение этого вопроса необходимо будет продолжить в контексте проекта статьи 19 и главы 19. Для содействия обеспечению единообразия при толковании проекта документа следует включить положение, аналогичное статье 7(1) Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

Проект статьи 17. Исчисление возмещения

32. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 17, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Пункт 1

Общая дискуссия

33. Содержание пункта 1 получило широкую поддержку в Рабочей группе. Тем не менее были высказаны определенные редакционные замечания. Поддержку получило предложение использовать в проекте документа согласованную терминологию и обеспечить согласование формулировки "в месте и в момент сдачи груза в соответствии с договором перевозки" в пункте 1 с текстом, который используется в проекте статьи 7, причем предпочтение было отдано формулировке, используемой в проекте статьи 7. В свете обсуждений, состоявшихся в Рабочей группе в отношении проекта статьи 16, было высказано также мнение о том, что, возможно, целесообразно разработать отдельную статью по вопросу исчисления ущерба в результате задержки.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 1

34. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 1 при условии внесения Секретариатом редакционных изменений для обеспечения согласованности с проектом статьи 7.

Пункт 2

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 2

35. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 2.

Пункт 3

Общая дискуссия

36. Было указано, что цель данного пункта состоит в разъяснении Гаагско–Висбийских правил, в которых не содержится четкого указания на то, имеет ли истец право на возмещение косвенных убытков. Данный пункт предназначен для того, чтобы позволить сторонам договора перевозки обеспечивать возмещение за косвенные убытки, если они прямо выражают свое намерение в отношении этого в соответствии с проектом статьи 88. Было выражено определенное беспокойство в отношении режима косвенных убытков, а также очевидной поддержки в этом пункте одностороннего обязательного характера проекта документа, как это в настоящее время предусмотрено в проекте статьи 88, в соответствии с которым перевозчик или исполняющая сторона могут договориться об увеличении объема своих обязанностей или обязательств.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 3

37. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 3.

Проект статьи 18. Пределы ответственности

38. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 18, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Пункт 1

Уровень ограничения ответственности

39. В Рабочей группе было достигнуто согласие по вопросу о том, что еще не настало время проводить обмен мнениями в отношении надлежащего уровня ограничения ответственности, который следует предусмотреть в пункте 1. Были высказаны мнения о том, что предпочтение, возможно, будет отдано увеличению объема ответственности по сравнению с уровнем Гаагско–Висбийских правил и что некоторые государства поддержат низкий уровень ограничения. Широкую поддержку получило предложение провести исследование по различным уровням ограничения ответственности в различных государствах, а также в отношении различных транспортных режимов. ММК предложил распространить среди своих членов вопросник в отношении уровней ограничения, применимых к требованиям при морских перевозках, а также в отношении любой имеющейся информации о стоимости груза. Кроме того, государства – члены Рабочей группы и государства, участвующие в ее работе в качестве наблюдателей, согласились представить Секретариату информацию относительно пределов ответственности в их различных внутренних транспортных режимах, а также любые имеющиеся статистические данные в отношении объема требований, с тем чтобы способствовать проведению предлагаемого исследования. Секретариату было предложено запросить у Международной морской организации (ИМО) информацию относительно показателей темпов инфляции и пределов ответственности, например в контексте Афинской конвенции.

Процедура внесения изменений

40. Было предложено предусмотреть в проекте документа процедуру оперативного внесения изменений, с тем чтобы согласованный уровень ограничения можно было корректировать без возобновления переговоров по

всему документу. Было указано, что процедура оперативного внесения изменений была предложена в пунктах 11 и 12 документа A/CN.9/WG.III/WP.34. Было также высказано мнение о том, что в качестве основы можно было бы использовать процедуру внесения изменений, предусмотренную в Афинской конвенции. Предложение о включении процедуры внесения изменений в проект документа получило широкую поддержку.

Экономический ущерб и "в связи с грузом"

41. Было указано, что слова "в связи с грузом" были взяты из статьи IV.5.a Гаагско-Висбийских правил, цель которой состояла в том, чтобы охватить потери, вызванные снижением рыночной стоимости груза в течение периода задержки, но в то же время не охватывать экономический ущерб. Было высказано мнение о том, что, если не будет решено охватить в проекте документа чисто экономический ущерб, то необходимо будет использовать другую формулировку, например слова "ответственность перевозчика за утрату или повреждение груза или за задержку в сдаче". Определенную поддержку получило предложение исключить слова "или в связи с". Кроме того, было высказано мнение о том, что исключение экономического ущерба из пункта 1 достигается за счет вводной формулировки "с учетом положений статьи 16 (2)".

42. Были высказаны сомнения относительно обоснованности вышеизложенного толкования формулировки "в связи с грузом" и относительно целесообразности ее исключения. Было высказано мнение о том, что эта формулировка предназначена для того, чтобы охватить не только повреждение груза, но также повреждение, вызванное другими обстоятельствами, например ненадлежащей сдачей груза или указанием неправильных данных о грузе в коносаменте. Были высказаны решительные возражения против исключения этой формулировки. Было указано, что, если эта формулировка призвана охватить указание неправильных данных и ненадлежащую сдачу, то ее, возможно, лучше выделить в отдельную статью, которая будет предусматривать иной метод исчисления возмещения. Кроме того, было указано, что, если последнее толкование этой формулировки является правильным, то слова "в связи с грузом", возможно, следует включить также в проект статьи 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Как это отмечалось в ходе предшествующих обсуждений в Рабочей группе, формулировка "в связи с грузом" встречается в ряде других проектов статей, и поэтому была высказана рекомендация о том, что Секретариату следует рассмотреть вопрос о целесообразности ее использования (см. пункты 44, 58, 89 и 91 ниже).

Возможный альтернативный текст

43. Определенную поддержку получило предложение заменить пункт 1 альтернативным текстом, который воспроизводится в сноске 92 в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 1

44. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- текст пункта 1 является в целом приемлемым;
- формулировку "в связи с" следует заключить в квадратные скобки в этом и других проектах статей для дальнейшего рассмотрения и обсуждения;
- ММК и государства – члены Рабочей группы, а также государства, участвующие в ее работе в качестве наблюдателей, представят Секретариату данные для подготовки сравнительного исследования по вопросу об уровнях ограничения ответственности за утрату и задержку в сдаче в различных транспортных режимах, включая любые имеющиеся статистические данные о требованиях;

– Секретариату следует попытаться получить от ИМО информацию о показателях темпов инфляции применительно к пределам ответственности;

– Секретариату будет предложено подготовить проекты положений в отношении процедуры оперативного внесения изменений для пересмотра пределов ответственности, используя существующие модели и учитывая высказанные предложения.

Пункт 2

Общая дискуссия

45. Было указано, что по пункту 2 были недавно проведены продолжительные обсуждения (A/CN.9/544, пункты 43–50) и что мнения в Рабочей группе разделились практически поровну между теми, кто выступал за сохранение этого пункта, и теми, кто выступал за его исключение. В тот момент было принято решение сохранить данное положение в квадратных скобках до принятия Рабочей группой решения по вопросу о пределах ответственности, устанавливаемых в пункте 1.

Задержка в сдаче

46. Было высказано мнение о том, что задержку в сдаче следует рассматривать в пункте 2 таким же образом, как и утрату или повреждение груза. В то же время отмечалось, что задержки в сдаче при перевозке различными видами транспорта будут, как правило, надлежащим образом подтверждаться документально, поскольку груз будет перегружаться с одних видов транспорта на другие, в результате чего доказывание задержки будет сопряжено с меньшими проблемами, чем доказывание скрытого повреждения. В ответ было указано, что, если предел ответственности за ущерб, вызванный задержкой, в проекте статьи 16 будет сохранен на низком уровне, то перевозчики, возможно, будут практически не заинтересованы в установлении того, имела ли место задержка, если невозможно будет предусмотреть для перевозчиков более высокий предел ответственности. В то же время было подчеркнуто, что установление места, в котором произошла задержка, будет на практике отвечать интересам перевозчика, который сможет предъявить регрессный иск стороне, вызвавшей задержку. Были заданы вопросы о том, не будет ли соответствующее правило слишком благоприятным для сторон, заинтересованных в грузе, поскольку зачастую довольно трудно определить, что являлось реальной причиной задержки, например в случае задержки на один день железнодорожным перевозчиком, в результате которой в конечном счете контейнер не попадает на судно. Была выражена поддержка в отношении как включения, так и исключения аналогичного пункту 2 положения, касающегося задержек в сдаче.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 2

47. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

– текст пункта 2 будет сохранен в квадратных скобках;

– ссылка на задержку в сдаче будет включена в текст пункта 2 в квадратных скобках для продолжения обсуждения данного вопроса.

Пункт 3

Общая дискуссия

48. Было указано, что этот пункт соответствует хорошо известному положению о контейнерных перевозках в Гаагско–Висбийских правилах. Была выражена широкая поддержка в отношении текста этого пункта, однако был задан вопрос относительно целесообразности использования ограничивающей оговорки.

Было высказано предложение относительно включения поддонов в этот пункт, а также предложено включить поддоны на основании определения понятия "контейнер" в проекте статьи 1. Было также высказано мнение о том, что можно было бы рассмотреть в качестве возможного варианта установление отдельного предела ответственности для контейнеров, с тем чтобы снять оговорку в отношении упаковки.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 3

49. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 3 и отметила, что обсуждение определения понятия "контейнер" в проекте статьи 1, возможно, необходимо будет продолжить, с тем чтобы обеспечить включение в это определение поддонов.

Пункт 4

Общая дискуссия

50. Рабочая группа выразила общее удовлетворение в связи с пунктом 4. Было указано, что этот пункт предусматривает определение курса валюты на дату вынесения решения, что не позволяет воспользоваться колебаниями валютных курсов при применении этого пункта. Был задан вопрос о том, нельзя ли исключить последнее предложение этого пункта, поскольку оно повторяет положения других конвенций и, по-видимому, представляет исключительно исторический интерес. Было предложено включить в этот пункт ссылку на "дату арбитражного решения" или "дату окончательного арбитражного решения". В то же время были высказаны предостережения в отношении того, что изменение такого хорошо известного текста может иметь нежелательные последствия.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 4

51. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 4.

Проект статьи 19. Утрата права на ограничение ответственности

52. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 19, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

53. Было выражено общее согласие с закрепленным в статье 19 принципом, в соответствии с которым предел ответственности может быть снят в определенных исключительных обстоятельствах. Было сочтено, что вопрос о том, насколько широко такие обстоятельства должны признаваться в проекте документа, необходимо решать на сбалансированной основе с учетом решения, которое будет принято относительно сумм, которые будут указаны для таких пределов, особенно в соответствии с проектами статей 18 и 16. Было указано, что если будут предусмотрены более высокие пределы ответственности, то, возможно, будет оправданным рассматривать такие пределы в качестве практически не подлежащих снятию на практике.

Ссылки на статью 16(2) и на "задержку в сдаче"

54. Было высказано мнение о том, что было бы нецелесообразно ставить знак равенства между намерением вызвать задержку в сдаче и намерением причинить экономический ущерб грузополучателю. В качестве разъяснения было указано, что при некоторых видах перевозок "замедление движения", "регистрация грузов сверх грузоподъемности" или другие виды преднамеренного поведения перевозчика, в результате которых возникает задержка в сдаче, являются обычными явлениями. Задержка может также произойти в результате

преднамеренного навигационного решения, принятого в интересах сохранения груза, например в целях избежания шторма. Таким образом, простое намерение вызвать задержку (приемлемое в некоторых обстоятельствах) следует отличать от намерения вызвать задержку с пониманием вероятности экономического ущерба для грузополучателя (ситуации, когда предел ответственности не подлежит применению). Было высказано мнение о том, что при рассмотрении вопроса о задержке, возможно, необходимо будет провести аналогичное разграничение в проекте статьи 19 и в проекте статьи 16(1) между задержкой, если срок сдачи указан в договоре, и неоправданной задержкой в отсутствие такого указания. В качестве альтернативного решения был предложен следующий возможный дополнительный пункт, посвященный вопросу о задержке в сдаче:

> "Ни перевозчик, ни любое лицо, упомянутое в статье ..., не имеет права на ограничение ответственности, как это предусмотрено в статье 16(2) настоящего документа, или на более высокий предел ответственности, как это предусмотрено в договоре перевозки, если истец доказывает, что ущерб, обусловленный задержкой, является результатом личного действия или бездействия лица, ссылающегося на право ограничивать ответственность, совершенных либо с намерением причинить такой ущерб, обусловленный задержкой, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такого ущерба, обусловленного задержкой".

Возможная ссылка на статью 17

55. Было высказано мнение о том, что в перечень положений, устанавливающих предел ответственности, следует включить ссылку на статью 17, поскольку статья 17 имеет такие же последствия, как и ограничение ответственности. В ответ было указано, что цель этого проекта статьи состоит не в установлении предела ответственности, а просто в том, чтобы предусмотреть определенный метод исчисления возмещения.

Свобода договора

56. В отношении возможности установления такого предела ответственности, который ни при каких обстоятельствах не будет подлежать снятию, в результате закрепленного в договоре соглашения сторон (возможно, на основе конкретного положения, если договор перевозки заключается в результате свободных переговоров, или же в случае договора присоединения – на основе упоминания в любом транспортном документе), общее мнение состояло в том, что в случае преднамеренного неправомерного поведения или безответственного поведения перевозчика такие закрепленные в договоре соглашения следует рассматривать в качестве положений, противоречащих публичной политике, и они не должны признаваться в проекте документа.

57. В то же время было высказано мнение о том, что в статью 19, возможно, потребуется включить ссылку на условия договора перевозки, с тем чтобы отразить те условия, при которых более высокий предел ответственности, предусмотренный на основе соглашения сторон (или же более низкий предел ответственности, в зависимости от того, какое решение будет принято в отношении главы 19), может быть снят в исключительных обстоятельствах. В ответ было указано, что случай, когда стороны договариваются о более высоком пределе ответственности, уже охвачен в статье 18, а случай, когда в соглашении о морских линейных перевозках (МСЛП) предусматривается более низкий предел ответственности, по-видимому, не будет попадать в сферу применения проекта документа в соответствии с главой 19.

"повреждение груза или в связи с грузом"

58. Широкую поддержку получило мнение о том, что вопрос об использовании слов "в связи с" следует решать так же, как и в проекте статьи 18.

"[личного] действия или бездействия"

59. Было указано, что обязательство предоставить доказательства в отношении личного действия или бездействия лица, ссылающегося на право ограничивать ответственность (например, заключившего договор перевозчика), означает, что ограничение ответственности практически не подлежит снятию. Широкую поддержку получило предложение распространить сферу действия проекта статьи 19 на ситуацию, когда речь идет о преднамеренных действиях или безответственном поведении служащего или агента заключившего договор перевозчика. Согласно другому предложению, следует использовать слова "действие или бездействие перевозчика или любого лица, упомянутого в проекте статьи 14 бис". Было выражено также беспокойство в связи с тем, каким образом можно доказать, что имело место "личное" действие или бездействие какого-либо корпоративного органа.

60. Была выражена решительная поддержка сохранению ссылки на личное действие или бездействие лица, ссылающегося на права ограничивать ответственность, при исключении действий или бездействия служащих или агентов такого лица. Было указано, что предел ответственности, практически не подлежащий снятию, может способствовать значительному сокращению числа судебных споров. Было также указано, что цель проекта документа отнюдь не состоит в установлении режима косвенной ответственности, в результате которого могут возникнуть серьезные проблемы в отношении возможного соотношения между проектом документа и режимами ответственности, применимыми к неморским субподрядчикам. Вполне возможной является ситуация, когда в соответствии с режимом ответственности, применимым к субподрядчику, предел ответственности будет применяться в тех случаях, когда такой предел не будет подлежать применению в соответствии со статьей 19 в отношении заключившего договор перевозчика. Было высказано мнение о том, что для случая, когда такая ситуация будет возникать, необходимо будет предусмотреть положения, симметричные положению, содержащемуся в проекте статьи 18(2), для обеспечения того, чтобы в том случае, если подрядчик, поведение которого явилось причиной повреждения, защищен не подлежащим снятию пределом ответственности в соответствии с правом, применимым за пределами проекта документа, такой предел ответственности распространялся и на лицо, несущее ответственность в соответствии с проектом статьи 19. В ответ на беспокойство, которое было выражено в отношении "личного" действия или бездействия корпоративного органа, было указано, что такого рода "корпоративный орган" обычно учреждается в форме юридического лица и что понятие "личного действия или бездействия" широко используется в морском праве и охватывает, согласно общему пониманию, управляющих такого юридического лица. Для устранения оснований для подобного беспокойства было предложено заменить слова "личное действие или бездействие" словами "действие или бездействие с ведома или при осведомленности".

"вследствие безответственности"

61. Было высказано мнение о том, что ссылка на "безответственное" поведение лица, ссылающегося на право ограничивать ответственность, привносит неопределенность и допускает субъективное толкование национальными судами. Было предложено предусмотреть возможность снятия пределов ответственности только в случаях "преднамеренного или мошеннического" поведения.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 19

62. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- ссылку на статью 15(3) и (4) следует заменить ссылкой на "статью 14 бис";
- слова "[или как это предусмотрено в договоре перевозки,]" следует сохранить в квадратных скобках до обсуждения главы 19;
- обсуждение вопроса о задержке следует продолжить на основе пересмотренного проекта, который будет подготовлен Секретариатом с целью отражения вышеизложенных предложений;
- слово "личного" следует сохранить без квадратных скобок;
- обсуждение предложения добавить ссылку на статью 17, возможно, необходимо будет продолжить в контексте главы 19.

Проект статьи 20. Уведомление об утрате, повреждении или задержке

63. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 20, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Пункт 1

Цель пункта 1

64. Была выражена широкая поддержка в отношении обоснованности презумпции, создаваемой в пункте 1. Было указано, что аналогичное положение включается в документы по морскому праву с того момента, как эта презумпция впервые появилась в статье III.6 Гаагских правил, и что в связи с ее применением с тех пор не возникало существенных проблем. Рабочая группа отметила, что эта презумпция была включена в Гаагские правила для того, чтобы исключить ситуацию, когда непредставление уведомления об ущербе в течение установленного срока приводило к полной утрате права представлять требования в отношении возмещения ущерба. В Гаагских правилах предполагалось четко указать, что неспособность направить такое уведомление приводит лишь к утрате истцом права ссылаться на презумпцию того, что повреждение груза произошло в период ответственности перевозчика и до сдачи им груза получателю. Кроме того, Рабочая группа заслушала следующий пример в отношении действия такого положения: перевозчик сдает груз агенту грузополучателя, который затем передает их грузополучателю, который в свою очередь не осматривает груз и не направляет перевозчику уведомление о повреждении в течение установленного срока. В результате грузополучатель утрачивает право ссылаться на данную презумпцию, и ему необходимо доказать, что повреждение произошло до сдачи груза агенту грузополучателя. Отмечалось, что эта презумпция отвечает интересам как грузополучателя, который может ссылаться на данную презумпцию и который пользуется также защитой от применения весьма непродолжительных сроков для направления уведомления, которые могут быть установлены в договоре перевозки, так и перевозчика, который получает уведомление о повреждении груза своевременно и таким образом может приступить к сбору доказательств, пока они еще являются доступными.

65. Тем не менее были выражены определенные сомнения в отношении необходимости пункта 1 с учетом очевидного отсутствия каких-либо юридических последствий в случае ненаправления требуемого уведомления. Поскольку направление уведомления или неспособность направить такое

уведомление не оказывают никакого воздействия на соответствующее бремя доказывания для перевозчика или для истца, которое предусмотрено в общем режиме ответственности в проекте статьи 14, возникает вопрос о том, существует ли вообще какая-либо необходимость в пункте 1. С учетом решения Рабочей группы о том, что презумпция, создаваемая в пункте 1, в целом является полезной, было решено попытаться улучшить формулировку пункта 1, с тем чтобы разъяснить порядок ее применения и последствия, связанные с ненаправлением уведомления. Было также высказано мнение о том, что в процессе совершенствования формулировки следует разъяснить различие между направлением уведомления о наличии повреждения или утраты, что является целью пункта 1, и предоставлением доказательств в отношении повреждения или утраты, что может потребоваться только позже для обоснования иска.

66. Для отражения некоторых из вышеизложенных мнений и предложений Рабочей группе был представлен следующий пересмотренный текст пункта 1:

> "1. Уведомление об утрате или повреждении груза [или в связи с грузом], указывающее на общий характер такой утраты или повреждения, делается [грузополучателем или от его имени] перевозчику или исполняющей стороне, которая сдала груз, до или в момент сдачи или, если утрата или повреждение не являются очевидными, в течение [трех рабочих дней] [разумного срока] [__ рабочих дней в месте сдачи груза] [__ календарных дней] после сдачи груза. [Суд [может принять] [принимает] во внимание неспособность сделать такое уведомление при принятии решения о том, выполнил ли истец свои обязательства в отношении бремени доказывания в соответствии со статьей 14(1).] Такое уведомление не требуется в отношении утраты или повреждения, установленных в ходе совместной проверки груза грузополучателем и перевозчиком или исполняющей стороной, на которую возлагается ответственность".

67. Некоторые участники приветствовали пересмотренный текст в качестве улучшения, поскольку в нем снята презумпция первоначального варианта пункта 1 и он напоминает сторонам, что ненаправление уведомления может затруднить процесс доказывания. Отмечалось, что заключенный в квадратные скобки текст позволит также воспрепятствовать вынесению судами решений о каких-либо дополнительных санкциях за ненаправление уведомления. В то же время была также выражена поддержка первоначальному тексту пункта 1, особенно с учетом того факта, что этот текст хорошо известен, что он существует в ряде других транспортных режимов и что поэтому он знаком судьям во многих правовых системах. Одно из замечаний, высказанных в отношении пересмотренного текста, касалось недостаточной ясности предложения, заключенного в квадратные скобки, а также нежелательности создания впечатления о том, что судам рекомендуется определенный метод оценки доказательств. Кроме того, определенную поддержку получило предложение полностью исключить пункт 1.

Сроки направления уведомления

68. Рабочая группа в целом придерживалась мнения о том, что, если пункт 1 будет решено сохранить, "разумный срок" не является надлежащим сроком, в течение которого перевозчику или исполняющей стороне должно быть направлено уведомление о скрытом повреждении, поскольку эта формулировка не обеспечивает надлежащих указаний для коммерческих сторон. Было указано, что в соответствии с Гаагскими и Гаагско–Висбийскими правилами такое уведомление должно быть сделано в течение трех дней. Предлагались различные сроки, включая 3, 7, 10 и 15 дней. Было также высказано мнение о том, что в любом случае в интересах справедливости выбранный срок должен исчисляться определенным количеством рабочих дней, а не календарных дней, особенно если для направления уведомления будет выбран непродолжительный срок.

69. Был задан вопрос о том, должен ли срок направления уведомления относиться к "месту сдачи" или к "месту окончательной сдачи". Было предложено включить в текст формулировку "___ рабочих дней в месте фактической сдачи груза". Было высказано мнение о том, что могут возникнуть практические трудности, связанные с истечением срока направления уведомления, в том случае, если будет предусмотрен непродолжительный срок, который истечет до того, как дорожный перевозчик, получивший груз в порту, сдаст его грузополучателю, особенно поскольку такой дорожный перевозчик вряд ли согласится выступать в качестве агента грузополучателя и вряд ли будет распаковывать груз для обнаружения скрытого повреждения. Тем не менее было указано, что эта проблема будет возникать только в том случае, если договор перевозки заключен на основе "от порта до порта", а не на основе "от двери до двери", поскольку цель данного положения состоит в распределении риска, связанного с любой неопределенностью относительно того, где возникло повреждение. Было указано, что, если договор перевозки заключен на основе "от порта до порта", такой риск должен нести грузополучатель, как только его агент получает груз в свое распоряжение, однако было указано, что, поскольку большая часть договоров заключается на основе "от двери до двери", эта проблема будет возникать гораздо реже. Эта позиция получила определенную поддержку, и было указано, что именно по этой причине были высказаны определенные предостережения в отношении включения в проект документа смешанных договоров перевозки и экспедирования, упомянутых в проекте статьи 9.

70. Был также задан вопрос относительно применения пункта 1 в некоторых портах, где перевозчик осуществляет сдачу груза сторонам, находящимся под контролем государства, например таможенным органам, когда ни от перевозчика, ни от грузополучателя не зависит, сколько времени пройдет, прежде чем груз будет фактически сдан грузополучателю. Поэтому было высказано мнение о том, что течение срока направления уведомления в соответствии с пунктом 1 должно начинаться только в тот момент, когда грузополучатель физически получает груз.

71. Преобладавшее мнение состояло в том, что семь дней являются вполне достаточным сроком для направления уведомления.

Форма уведомления

72. Было выражено беспокойство в связи с тем, что в пункте 1 не указано, в какой форме следует направлять уведомление. Хотя отмечалось, что стороны в большинстве случаев будут направлять письменное уведомление для целей доказывания, независимо от наличия соответствующего требования, по мнению Рабочей группы, было бы желательно четко указать, что уведомление следует направлять в письменной форме, как это предусмотрено в статье 19(1) Гамбургских правил и в статье III.6 Гаагских правил, или что его можно сделать с помощью электронных средств. Отмечалось, что в проекте статьи 5, которая еще не рассматривалась Рабочей группой, предусматривается, что в соответствии с проектом документа уведомление следует направлять в письменной или электронной форме.

Стороны, которые должны направлять и получать уведомление

73. Было выражено беспокойство в отношении заключенной в квадратные скобки формулировки о том, что уведомление должно быть сделано "[грузополучателем или от его имени]". Было указано, что такое требование, если оно будет одобрено Рабочей группой, может необоснованно ограничить круг сторон, которые могут направлять уведомление об утрате или повреждении. Кроме того, было высказано мнение о том, что круг сторон, которым может быть направлено уведомление, следует расширить, предусмотрев помимо

"перевозчика или исполняющей стороны" агентов перевозчика или исполняющей стороны. Это предложение получило определенную поддержку.

74. Отмечалось, что уведомление в соответствии с пунктом 1 должно быть сделано перевозчику или исполняющей стороне, однако применяемая в проекте документа сетевая система предусматривает, что помимо положений проекта документа могут применяться другие правила в отношении уведомления об утрате, повреждении или задержке в отношении сухопутного этапа в соответствии с конкретным договором перевозки. Поэтому было высказано мнение о том, что было бы целесообразно включить в проект статьи 20 правило примерно следующего содержания: "Считается, что требования в отношении формы и сроков направления уведомления о повреждении соблюдены также и в том случае, если соответствующие положения, которые могут быть применимы в отношении договора перевозки, охватывающего последний этап перевозки, были выполнены". Это предложение получило определенную поддержку. В ответ было указано, что в конвенциях о сухопутных перевозках вопрос о сроках направления уведомления увязывается с системами ответственности таких конвенций, и поэтому его не следует вырывать из контекста. Поскольку пункт 1 имеет ограниченные юридические последствия, его не следует необоснованно усложнять. Кроме того, отмечалось, что срок направления уведомления в семь дней, если его будет решено сохранить, позволит избежать путаницы, поскольку он будет аналогичен сроку направления уведомления в соответствии с некоторыми документами о дорожных перевозках, например КДПГ.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 1

75. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- первоначальный текст и предлагаемый пересмотренный проект пункта 1 следует заключить в квадратные скобки для дальнейшего обсуждения;
- слова "разумного срока" следует исключить из первоначального варианта пункта 1;
- семь дней являются надлежащим сроком для направления уведомления, и соответствующая формулировка должна содержаться в первоначальном варианте пункта 1, причем слова "семи календарных дней, и "семи рабочих дней" следует заключить в квадратные скобки в качестве альтернативных вариантов.

Пункт 2

Различия между пунктами 1 и 2

76. Было выражено беспокойство в отношении различных режимов, применяемых в случае ненаправления уведомления в соответствии с пунктом 1 и в соответствии с пунктом 2. Было высказано мнение о том, что лишение права на получение возмещения за ущерб, обусловленный задержкой, на основании ненаправления уведомления в течение 21 дня является особенно жесткой мерой в свете того факта, что перевозчик уже пользуется преимуществами низкого предела ответственности за ущерб, обусловленный задержкой, в объеме суммы, в один раз кратной фрахту, подлежащему уплате, в соответствии с пунктом 16(2). Было также высказано мнение о том, что проект конвенции уже содержит положения о сроках подачи исковых требований и что было бы неразумно лишать права на получение возмещения в обстоятельствах, изложенных в пункте 2. В ответ было указано, что подход, применяемый в пункте 1, предусмотрен для уведомлений в отношении неочевидного ущерба, который можно обнаружить после проверки груза, и направление такого уведомления с минимальной задержкой отвечает интересам всех сторон. Между тем в ситуации, которая рассматривается в пункте 2, все стороны смогут быстро

узнать о задержке, однако будет отсутствовать информация относительно косвенных убытков, возмещение которых может быть потребовано в результате причинения ущерба, обусловленного задержкой. Было высказано мнение о том, что более продолжительный срок для направления уведомления представляется разумным для того, чтобы определить наличие косвенных убытков, установление которых может быть сопряжено с проблемами, а также для того чтобы направить соответствующее уведомление. Кроме того, отмечалось, что в КДПГ предусматривается аналогичный режим в случае ненаправления уведомления об ущербе, обусловленном задержкой, в течение указанного предельного срока.

"такой ущерб"

77. Было высказано мнение о том, что требуемым уведомлением должно быть уведомление о задержке, а не уведомление об ущербе. Тем не менее отмечалось, что стороны очень быстро узнают о факте задержки и что важным фактором для перевозчика является обеспечение соответствующей определенности относительно юридических последствий задержки и возникающего в результате такой задержки экономического ущерба, за который он может нести ответственность. Было высказано мнение о том, что истцу будет довольно трудно установить масштабы косвенных убытков в результате задержки, однако требуемое уведомление, как отмечалось, является уведомлением об ущербе, а не подробным изложением требования. Было предложено исключить слово "таком" из этой формулировки, с тем чтобы дать разъяснение в отношении содержания уведомления, или же сделать конкретную ссылку на пункт 16(2), с тем чтобы разъяснить, что речь идет об экономическом ущербе. Было указано, что если будет просто использовано слово "ущерб", то этого будет вполне достаточно для указания на то, что ссылка делается на ущерб, возникший в результате задержки. Было поддержано предложение заменить формулировку "о таком ущербе" формулировкой "об ущербе, обусловленном задержкой".

"лицо, на которое возлагается ответственность"

78. Было отмечено, что в пункте 1 предусматривается направление уведомления перевозчику или исполняющей стороне, а в пункте 2 требуется направить уведомление "лицу, на которое возлагается ответственность". Было высказано мнение о том, что цель этой формулировки состоит в том, чтобы побудить истца на ранних этапах принять решение о том, кому предъявлять иск, принимая во внимание, что могут быть уведомлены многие стороны, с тем чтобы обеспечить определенность для потенциальных ответчиков по иску. В то же время было поддержано мнение о том, что эта формулировка может необоснованно ограничить права истца в отношении предъявления требования, поскольку не ясно, можно ли будет предъявлять иск стороне, которой не было направлено уведомление. Была выражена поддержка мнению о том, что формулировку "лицу, на которое возлагается ответственность", следует заменить словом "перевозчик".

Срок

79. Было указано, что в статье 19(5) Гамбургских правил предусматривается 60-дневный срок для направления уведомления об ущербе, возникшем в результате задержки. Было высказано мнение о том, что срок в 21 день является надлежащим сроком, в течение которого должно быть направлено уведомление, с тем чтобы обеспечить определенность для перевозчика и предоставить возможность для оценки степени его потенциальной ответственности. Отмечалось также, что предусмотренный в пункте 2 срок в 21 день идентичен сроку, который предусматривается в КДПГ для направления уведомления об ущербе, возникшем в результате задержки.

"сдача"

80. Было высказано мнение о том, что в пункте 2 следует четко указать, что "сдача" означает сдачу в соответствии с договором.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 2

81. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- формулировку "лицу, на которое возлагается ответственность" следует заменить словом "перевозчику";
- формулировку "о таком ущербе" следует заменить формулировкой "об ущербе, обусловленном задержкой", обеспечив при этом согласованность перевода слова "ущерб" в вариантах на всех языках.

Пункт 3

Исправление редакционного характера

82. Формулировку "в настоящей главе" в пункте 3 было решено заменить формулировкой "в настоящей статье".

"уведомление, сделанное исполняющей стороне"

83. Было поддержано мнение о том, что вторую ссылку на "исполняющую сторону" в заключительной формулировке этого пункта следует заменить ссылкой "морскую исполняющую сторону", с тем чтобы учесть принятое Рабочей группой решение ограничить сферу применения проекта документа морскими исполняющими сторонами. Было высказано мнение о том, что в противном случае на исполняющие стороны налагалось бы бремя получения уведомления в соответствии с проектом документа. В ответ было указано, что из этого пункта ясно следует, что речь идет об уведомлении в соответствии с проектом документа, а не в соответствии с какой-либо другой транспортной конвенцией. Отмечалось, что, если будет внесено изменение в отношении морских исполняющих сторон, то необходимо будет использовать формулировку "исполняющей стороне" или "любой исполняющей стороне", и что формулировка "которая сдала груз", по-видимому, больше не будет являться необходимой.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 3

84. После обсуждения Рабочая группа постановила, что Секретариату следует подготовить пересмотренный проект этого пункта с учетом целесообразности изменения формулировки на "морскую исполняющую сторону" в заключительной части этого пункта, а также о целесообразности внесения в связи с этим других редакционных изменений.

Пункт 4

Общая дискуссия

85. Было высказано мнение о том, что пункт 4 следует исключить и что решение вопросов, касающихся обеспечения доступа и проверки груза, следует оставить на усмотрение сторон или же предусмотреть их регулирование в соответствии с национальным законодательством. В то же время было указано, что это положение выполняет весьма важную функцию и взято из Гаагских и Гаагско–Висбийских правил, и поэтому была выражена поддержка сохранению этого пункта.

"[для] [обеспечивают]"

86. Было предложено исключить слово "[для]" и сохранить формулировку "[обеспечивают]" без квадратных скобок.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 4

87. После обсуждения Рабочая группа постановила, что пункт 4 следует сохранить, исключив слово "[для]" и сохранив формулировку "[обеспечивают]" без квадратных скобок.

Проект статьи 21. Внедоговорные требования

88. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 21, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Вопросы редакционного характера

89. Было решено, что ссылку в этом проекте статьи на "исполняющую сторону" следует заменить ссылкой на "морскую исполняющую сторону". Кроме того, было отмечено, что в этой статье также используется формулировка "в связи с" (которая обсуждалась в пунктах 42 и 58 выше).

Взаимосвязь с пунктом 15(4)

90. Было высказано мнение о том, что в этом пункте дублируются положения пункта 15(4), изложенного в документе A/CN.9/WG.III/WP.36, и что статью 21 следует исключить, поскольку в ней повторяются ранее изложенные положения. В ответ было указано, что цель пункта 15(4) заключается в обеспечении так называемой "Гималайской защиты" для служащих и агентов перевозчика, в то время как проект статьи 21 разрешает применять предусмотренные в проекте документа возражения и пределы ответственности в отношении недоговорных требований.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 4

91. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- перед формулировкой "исполняющей стороне" следует включить слово "морской";
- Секретариату следует рассмотреть вопрос о том, не является ли проект статьи 21 повторением пункта 15(4) и, если положения не повторяются, не следует ли объединить эти положения с учетом их тесной взаимосвязи;
- Секретариату следует учесть этот проект статьи при рассмотрении целесообразности использования формулировки "в связи с" во всем тексте проекта документа.

Глава 6. Дополнительные положения, касающиеся морской перевозки

Проект статьи 22. Ответственность перевозчика

92. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 22, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Место

93. Было выражено общее мнение о том, что содержание проекта статьи 22, возможно, необходимо будет перенести в проект статьи 14 с учетом результатов обсуждений в Рабочей группе на ее двенадцатой сессии.

Исключение в случае пожара

94. Была выражена решительная поддержка в отношении снятия конкретного исключения в случае пожара. Было указано, что в условиях современной навигации нет необходимости специально рассматривать вопрос о пожаре. Было также указано, что было бы целесообразно рассматривать вопрос о пожаре на основе общего правила, установленного в проекте статьи 14, поскольку в большинстве случаев перевозчик обладает большими возможностями для установления причин пожара. В то же время решительно было также поддержано предложение сохранить традиционное исключение в случае пожара, с тем чтобы не допустить изменения общего баланса интересов в проекте документа. Было указано, что снятие исключения, основанного на навигационной ошибке, уже нарушило такой баланс. В связи с этим было предложено восстановить положение о таком исключении в проекте документа, по меньшей мере для того, чтобы охватить навигационную ошибку, допущенную в контексте лоцманской проводки (см. A/CN.9/WG.III/WP.28). Это предложение не получило значительной поддержки.

95. В отношении формулировки исключения в случае пожара было предложено заменить ссылку на "действия или вину перевозчика" ссылкой на "действия или вину перевозчика, его служащих или агентов". Было указано, что рассмотрение этого вопроса, возможно, необходимо будет продолжить в контексте проекта статьи 14.

Спасание имущества на море

96. Были выражены сомнения в отношении целесообразности рассмотрения спасания или попыток спасания имущества на море таким же образом, как и спасания или попыток спасания жизни на море. Широкую поддержку получило предложение включить оговорку о разумности примерно следующего содержания: "разумные меры по спасанию или попытке спасания имущества на море". Было указано, что спасание имущества на море может принести перевозчику значительное вознаграждение, не оказывая при этом прямого или автоматического воздействия на поврежденный груз.

Разумные попытки избежать ущерба окружающей среде

97. В контексте обсуждения вопроса о спасании или попытках спасания имущества на море было предложено специально упомянуть в проекте документа в качестве основания для освобождения от ответственности разумные попытки избежать ущерба окружающей среде. Это предложение получило широкую поддержку.

Риски на море

98. Рабочая группа в целом одобрила содержание положения о "рисках, опасностях и случайностях на море или в других судоходных водах".

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 22

99. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- следует сохранить в проекте документа исключение в случае пожара и продолжить рассмотрение этого вопроса в контексте проекта статьи 14;
- слова "спасание или попытки спасания имущества на море" следует заменить формулировкой примерно следующего содержания "разумные меры по спасанию или попытке спасания имущества на море", возможно выделив их в отдельный подпункт;
- в проект документа следует включить, возможно в качестве отдельного подпункта, формулировку примерно следующего содержания: "разумная попытка избежать ущерба окружающей среде";

– Секретариату будет предложено подготовить пересмотренный проект, в котором проект статьи 22 будет объединен с проектом статьи 14 с поправками, внесенными на двенадцатой сессии Рабочей группы.

Проект статьи 23. Отклонение от курса

100. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 23, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

101. Были выражены сомнения в отношении полезности проекта статьи 23 во многих правовых системах. Тем не менее в порядке разъяснения было указано, что в соответствии с действующим прецедентным правом в некоторых странах, положения, аналогичные проекту статьи 23, необходимы для избежания того, чтобы отклонение от курса рассматривалось в качестве существенного нарушения обязательств перевозчика. Такое разъяснение было в целом поддержано Рабочей группой. Для обеспечения более полного рассмотрения вопроса об отклонении от курса внимание Рабочей группы было обращено на предложение о пересмотре проекта статьи 23, содержащееся в пункте 38 документа A/CN.9/WG.III/WP.34. Цель этого предложения заключается, в частности, в разъяснении того, что только отклонение от курса, ответственность за которое может быть возложена на перевозчика, является "неразумным" отклонением от курса, и что эта концепция будет относиться только к маршруту океанского судна (оператором которого выступает перевозчик или исполняющая сторона). Хотя была выражена поддержка в отношении как существующего текста проекта статьи 23, так и предлагаемого пересмотренного варианта, было высказано мнение о том, что перед согласованием формулировки положения об отклонении от курса необходимо провести дополнительные консультации.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 23

102. После обсуждения Рабочая группа постановила, что существующий текст проекта статьи 23 наряду с альтернативным текстом, предложенным в пункте 38 документа A/CN.9/WG.III/WP.34, следует включить в проект документа, заключив в квадратные скобки, для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

Проект статьи 24. Палубный груз

103. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 24, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Пункт 1

"b) ... контейнерах на палубе, которая специально предназначена для перевозки таких контейнеров"

104. Было предложено указать в подпункте (b), что контейнеры для перевозки на палубе должны быть "закрытыми контейнерами" или "контейнерами, приспособленными для перевозки груза на палубе", поскольку определение контейнеров в проекте статьи 1(s) является слишком широким. В ответ было указано, что для перевозки на палубе используются различные виды полузакрытых контейнеров. Был задан вопрос о том, существует ли необходимость в подпункте (b), поскольку соответствующие случаи, как представляется, охватываются ссылкой в подпункте (c) на перевозку на палубе, которая соответствует "обычаям, обыкновениям и практике соответствующей отрасли". Тем не менее было высказано мнение о том, что две отдельные категории, упомянутые в подпунктах (b) и (c), необходимы для отражения

различных видов отраслевой практики, которые могут создавать различные юридические последствия.

"c) ... в соответствии с договором перевозки"

105. Были заданы вопросы относительно договоренности, которая должна содержаться в договоре перевозки для одобрения перевозки на палубе, в частности о том, является ли простое упоминание в коносаменте достаточным или же требуется прямая договоренность. Было высказано мнение о том, что на этот вопрос можно будет гораздо легче ответить после того, как Рабочая группа обсудит вопросы, касающиеся свободы договора.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 1

106. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- слово "контейнерах" в подпункте (b) следует заменить формулировкой "контейнерах, приспособленных для перевозки груза на палубе", которую следует заключить в квадратные скобки для продолжения обсуждения;
- следует заключить в квадратные скобки формулировку "в случаях, не охваченных в пунктах (a) или (b) настоящей статьи" в подпункте (c);
- следует заключить в квадратные скобки формулировку "в соответствии с договором перевозки" в подпункте (c).

Пункт 2

Общая дискуссия

107. Было выражено общее согласие с принципом, закрепленным в пункте 2. Было также решено заменить вводную формулировку пункта 2 "... в соответствии с пунктами 1(a) и (c)" словами "... в соответствии с пунктами 1(a) или (c)".

Взаимосвязь с проектом статьи 14, касающимся бремени доказывания и других причин

108. Были заданы вопросы относительно взаимосвязи между пунктом 2 и проектом статьи 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Было указано, что в пункте 2 допускается отход от положений проекта статьи 14 и бремя доказывания ущерба возлагается на перевозчика. Несмотря на такой отход, было указано, что в связи с ответственностью перевозчика за утрату, повреждение или задержку, "которые являются исключительно следствием" перевозки груза на палубе, могут возникнуть трудные проблемы применительно к положению о других причинах в проекте статьи 14(4).

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 2

109. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- текст пункта 2 следует исправить, заменив слово "и" во вводной формулировке словом "или";
- пункт 2 будет более подробно рассмотрен при обсуждении проекта статьи 14(4).

Пункт 3

Общие замечания

110. Хотя отмечалось, что общие цели пункта 3 являются в целом приемлемыми, широкую поддержку получило мнение о том, что рассмотрение вопроса о правах третьих сторон следует продолжить в контексте главы 11

(право распоряжаться грузом) и главы 12 (передача прав). Отмечалось, что предстоящее обсуждение вопроса о свободе договора также имеет отношение к вопросу о правах третьих сторон. Было высказано мнение о том, что пункт 3 должен применяться также в отношении ситуации, когда третья сторона полагается на необоротный транспортный документ или электронную запись, поскольку следует рассматривать случаи, когда сторона полагается на документ или запись, а не на их юридическое содержание.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 3

111. После обсуждения Рабочая группа постановила, что она возобновит обсуждение пункта 3 в целом, а также вопроса о том, следует ли распространить его действие на третьи стороны, полагающиеся на необоротные транспортные документы и электронные записи, после завершения обсуждения более общих вопросов, касающихся прав третьих сторон и свободы договора в соответствии с проектом документа.

Пункт 4

"если перевозчик и грузоотправитель по договору прямо договорились"

112. Был задан вопрос о том, почему требуется прямая договоренность между грузоотправителем по договору и перевозчиком для перевозки груза в трюме для снятия предела ответственности за повреждение груза, возникшее в результате перевозки на палубе, если общий подход состоит в том, что груз должен перевозиться в трюме за исключением ситуаций, предусмотренных в пункте 1. В ответ было указано, что только нарушение прямой договоренности перевозить контейнеры в трюме может привести к утрате права на ограничение ответственности перевозчика в соответствии с пунктом 4 за причинение ущерба, который конкретно предполагалось избежать.

"вызванных исключительно их перевозкой на палубе"

113. Было высказано мнение о том, что, если перевозчик перевозит груз на палубе вопреки прямой договоренности перевозить груз в трюме, любой ущерб, вызванный перевозкой на палубе, является результатом безответственного действия в соответствии с проектом статьи 19, и перевозчик, таким образом, должен утрачивать право на ограничение своей ответственности. Поэтому было предложено исключить формулировку "вызванных исключительно их перевозкой на палубе". Это предложение получило поддержку.

114. Тем не менее ряд других делегаций выразили мнение о том, что случаи безответственного или преднамеренного поведения, которые рассматриваются в проекте статьи 19, существенно отличаются от ситуации, которая рассматривается в пункте 4 с точки зрения намерения причинить утрату или повреждение груза. В качестве примера было указано, что утрата всего судна не должна приводить к утрате перевозчиком права на ограничение ответственности в отношении перевозки на палубе, поскольку не существует причинно–следственной связи между ненадлежащей перевозкой на палубе и утратой груза. Определенную поддержку получило предложение сохранить пункт 4 в существующем виде.

115. Было высказано третье предложение исключить только слово "исключительно". Было высказано мнение о том, что это, возможно, позволит несколько расширить потенциальную ответственность перевозчика и таким образом признать серьезный характер несоблюдения перевозчиком прямой договоренности перевозить груз в трюме. Это предложение также получило определенную поддержку.

Исключение пункта 4

116. Было также высказано четвертое предложение полностью исключить пункт 4, особенно если исходить из того, что проект статьи 19 охватывает обстоятельства, рассматриваемые в пункте 4. Это предложение получило меньшую поддержку, чем другие три предложения в отношении этого пункта.

Выводы, сделанные Рабочей группой по пункту 4

117. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- слово "прямо" следует заключить в квадратные скобки;
- в квадратные скобки следует заключить формулировку "вызванных исключительно их перевозкой на палубе";
- в квадратные скобки следует заключить слово "исключительно";
- в квадратные скобки следует заключить весь пункт 4;
- возможно, необходимо будет возобновить обсуждение пункта 4 на одной из будущих сессий, а также продолжить изучение вопроса о взаимосвязи этого пункта с проектом статьи 19.

Глава 7. Обязательства грузоотправителя по договору

Проект статьи 25

118. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 25, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

"[С учетом положений договора перевозки.]"

119. Широкую поддержку получило мнение о том, что в проекте статьи 25 следует сделать ссылку на договор перевозки. В то же время было высказано мнение о том, что в существующем тексте такая ссылка расположена неправильно. Согласно этому мнению, можно отходить от обязательства грузоотправителя по договору сдать груз, готовый к перевозке, на основе соглашения между грузоотправителем по договору и перевозчиком, в соответствии с которым, например, перевозчик соглашается использовать свое оборудование для размещения грузов грузоотправителя по договору, с тем чтобы подготовить их к перевозке, однако перевозчик не должен иметь возможности уклоняться от исполнения своего обязательства подготовить груз для того, чтобы он выдержал предполагаемую перевозку. Поэтому было высказано мнение о том, что формулировку в квадратных скобках следует исключить, добавив после слов "грузоотправитель по договору сдает груз, готовый к перевозке," формулировку "если не согласовано иное, и". Против этого предложения не было высказано каких-либо конкретных возражений, поскольку в проекте статьи по-прежнему отражалась цель первоначальной формулировки, заключенной в квадратные скобки. Еще одно высказанное в связи с этим предложение состояло в том, чтобы исключить формулировку в квадратных скобках, добавив после вводной формулировки проект статьи 25 ("[г]рузоотправитель по договору") формулировку, которая используется применительно к обязательствам перевозчика в проекте статьи 10 – "в соответствии с условиями договора перевозки".

120. Предлагалось полностью исключить из проекта статьи 25 формулировку, заключенную в квадратные скобки, с тем чтобы избежать возможное толкование, в соответствии с которым обязательства грузоотправителя по договору можно расширить на основе договоренности, закрепленной в договоре перевозки. Тем

не менее было решительно поддержано предложение сохранить этот проект статьи, включая принцип, закрепленный в формулировке в квадратных скобках.

Нормативные акты, касающиеся безопасности и охраны окружающей среды

121. Было высказано мнение о том, что в проекте статьи 25 следует признать действующие нормативные акты, касающиеся обеспечения безопасности на транспорте и в ходе перевозок, на основе включения формулировки "без ущерба для нормативных актов, касающихся обеспечения безопасности". Аналогичное предложение было выдвинуто в отношении охраны окружающей среды.

Второе предложение проекта статьи 25

122. Было предложено исключить второе предложение статьи 25, поскольку оно является необоснованным повторением обязательств грузоотправителя по договору, изложенных в первом предложении. В то же время было выражено беспокойство в связи с тем, что, хотя формулировку второго предложения, возможно, желательно улучшить, содержащееся в нем правило в отношении контейнеров представляет собой отдельное обязательство, которое следует сохранить в проекте статьи. Эта позиция получила поддержку.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 25

123. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- проект статьи 25 следует сохранить в проекте документа;
- закрепленный в формулировке в квадратных скобках принцип, согласно которому обязательства грузоотправителя по договору определяются договором перевозки, следует сохранить, сняв квадратные скобки, однако Секретариату следует рассмотреть возможность изменения формулировки этого положения с учетом результатов обсуждений в Рабочей группе и выдвинутых предложений;
- Секретариату следует рассмотреть возможность улучшения формулировки второго предложения при сохранении его смысла.

Проект статьи 26

124. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 26, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

125. Были высказаны предложения относительно исключения проекта статьи 26 независимо от того, будет ли исключен проект статьи 25. Согласно другому предложению, проект статьи 26 следует объединить с проектом статьи 28. Преобладающее мнение заключалось в том, что содержание проекта статьи 26 следует сохранить для обеспечения баланса обязательств, устанавливаемых в проекте статьи 25 в отношении грузоотправителя по договору.

Место в тексте

126. По причинам, которые уже были указаны в ходе девятой сессии Рабочей группы, были выражены сомнения относительно целесообразности включения проекта статьи 26 в главу, посвященную обязательствам грузоотправителя по договору (см. A/CN.9/510, пункты 149–151). Преобладающее мнение заключалось в том, что проект статьи 26 помещен в надлежащем месте в качестве логического дополнения к проекту статьи 25. Для устранения очевидного несоответствия, возникшего в результате включения положения, касающегося обязательства перевозчика, в главу, посвященную обязательствам грузоотправителя по договору, было решено дать соответствующие названия

проектам статей в главе 7. Было высказано мнение о том, что название главы 7 также можно было бы изменить, используя формулировку примерно следующего содержания: "Обязательства грузоотправителя по договору и смежные вопросы".

"по его просьбе"

127. Хотя было высказано мнение о том, что обязательства, установленные в проекте статьи 26, сформулированы слишком субъективно (например, путем ссылки на инструкции, "которые разумно необходимы или имеют значение для грузоотправителя по договору"), особое внимание в ходе обсуждения было уделено вопросу о том, должен ли перевозчик предоставлять информацию "по просьбе" грузоотправителя по договору.

128. Ряд делегаций поддержали предложение исключить слова "по его просьбе". В порядке разъяснения было указано, что перевозчик, как ожидается, будет по собственной инициативе предоставлять грузоотправителю по договору "разумно необходимую" информацию с учетом характера груза. В ответ было указано, что характер груза не всегда может быть известен перевозчику и что с учетом весьма обременительной ответственности, возникающей в соответствии с проектом статьи 29 в случае несоблюдения проекта статьи 26, обязательства перевозчика в соответствии с последним из этих положений должны возникать только в случае получения конкретной просьбы от грузоотправителя по договору. В качестве возможной альтернативы словам "по его просьбе" в проекте статьи 26 предлагалось использовать формулировку, основанную на положениях проекта статьи 27, примерно следующего содержания: "за исключением случаев, когда перевозчик может разумно предполагать, что такая информация уже известна грузоотправителю по договору".

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 26

129. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- Секретариату следует подготовить предложения относительно названий проектов статей в главе 7;
- существенные положения проекта статьи 26 следует сохранить в главе 7, включая слова "по его просьбе" для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий;
- возможно, потребуется продолжить рассмотрение изложенной выше альтернативной формулировки.

Проект статьи 27

130. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 27, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

131. Было поддержано предложение исключить подпункт (c), который, как утверждалось, фактически никак не связан с подпунктами (a) и (b) или с обязательствами грузоотправителя по договору. В поддержку исключения было указано в порядке разъяснения, что вопросы, рассматриваемые в подпункте (c), достаточно подробно рассматриваются в главах 8 (документация) и 10 (назначение грузополучателя). В то же время Рабочей группе было предложено проявлять максимальную осторожность при исключении положения, которое основано на Гаагских правилах и, возможно, недостаточно охвачено в главах 8 и 10. В целом было решено, что вопрос о возможной взаимосвязи подпункта (c) с главами 8 и 10 может потребовать дополнительного рассмотрения на одной из будущих сессий.

132. Было также поддержано мнение о том, что заключительная формулировка подпункта (c) ("за исключением случаев, когда грузоотправитель по договору может разумно предполагать, что такая информация уже известна перевозчику") должна применяться в отношении подпунктов (a) и (b). Тем не менее в отношении подпункта (b) преобладающее мнение заключалось в том, что обязательство предоставлять четкие инструкции и документы, необходимые для соблюдения правил и других требований публичных органов, отличается от обязательства предоставлять информацию в соответствии с пунктом (a), должно способствовать избежанию любой неясности с учетом соображений публичной политики, на которых она основана, и по этим причинам не должно зависеть от оценки того, что может быть известно или неизвестно перевозчику.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 27

133. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- общая структура проекта статьи 27 является приемлемой;
- существующий текст проекта статьи, включая три его подпункта, следует сохранить для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий;
- в конце подпункта (a) следует добавить слова "за исключением случаев, когда грузоотправитель по договору может разумно предполагать, что такая информация уже известна перевозчику".

Проект статьи 28

134. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 28, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Исключение проекта статьи 28

135. В целях упрощения текста проекта документа было предложено исключить проект статьи 28 и отразить его существенные положения (о том, что информация, инструкции и документы, которые грузоотправитель по договору и перевозчик предоставляют друг другу, должны направляться своевременно и быть точными и полными) непосредственно в проектах статей 26 и 27. Хотя было высказано мнение о том, что требования в отношении точности и полноты информации подразумеваются в обязательстве предоставлять информацию, которое устанавливается в проектах статей 26 и 27, широкую поддержку получило мнение о том, что по практическим причинам и с учетом довольно частого неправильного толкования в транспортной информации и документации, возможно, необходимо включить прямую ссылку на "точность и полноту" в проекты статей 26 и 27.

136. Была выражена широкая поддержка упрощению проекта документа в результате исключения проекта статьи 28. Тем не менее были выражены сомнения относительно существа обязательства предоставлять "точную и полную" информацию и инструкции. В порядке разъяснения было указано, что вполне возможной является коллизия, например, между субъективным понятием инструкций, которые являются "разумно необходимыми или имеющими значение" для грузоотправителя по договору или перевозчика, и более объективным понятием "полноты" таких инструкций. В целом было решено, что рассмотрение этого вопроса, возможно, необходимо будет продолжить после уточнения характера обязательств грузоотправителя по договору и перевозчика, указанных в проектах статей 29 и 30.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 28

137. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

– проект статьи 28 может быть исключен и заменен упоминанием в проекте статьи 26 о том, что грузоотправитель по договору обязан "своевременно" предоставлять необходимую информацию и инструкции и что "предоставляемая информация и инструкции должны быть точными и полными"; аналогичным образом следует внести изменения в проект статьи 27, с тем чтобы она предусматривала, что грузоотправитель по договору обязан предоставлять перевозчику "на своевременной основе такую точную и полную информацию, инструкции и документы ... ";

– вышеизложенные поправки к проектам статей 26 и 27 следует заключить в квадратные скобки для продолжения обсуждения после того, как будут рассмотрены обязательства грузоотправителя по договору и перевозчика в соответствии с проектами статей 29 и 30.

Проекты статей 29 и 30

138. Рабочая группа рассмотрела текст проектов статей 29 и 30, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Предложение в отношении пересмотра проектов статей 29 и 30

139. Было предложено заменить проекты статей 29 и 30 положением следующего содержания:

"1. С учетом положений статей 25, 27 и 28 грузоотправитель по договору несет ответственность за повреждение или утрату, причиненные перевозчику или субподрядчику перевозчика в результате преднамеренных действий или вины или небрежности со стороны грузоотправителя по договору;

2. Если грузоотправитель по договору сдал опасный груз перевозчику или субподрядчику перевозчика, не информировав перевозчика или субподрядчика перевозчика об опасном характере груза и о необходимых мерах безопасности, и если перевозчик не мог иным образом узнать об опасном характере груза и необходимых мерах безопасности, которые следовало принять, грузоотправитель по договору несет ответственность за повреждение или утрату, причиненные перевозчику".

140. В порядке разъяснения было указано, что грузоотправитель по договору должен нести ответственность за ущерб, причиняемый перевозчику, вследствие вины или небрежности. Предлагаемый текст, как утверждалось, позволяет обеспечить сбалансированность обязательств перевозчика и грузоотправителя по договору. Цель пункта 2 предлагаемого текста заключается в установлении строгой (без наличия вины) ответственности грузоотправителя по договору за неинформирование перевозчика об опасном характере некоторых грузов. Что касается обязательств грузоотправителя по договору перед грузополучателем и исполняющей стороной, то эти вопросы было предложено охватить путем ссылки, соответственно, на закрепленное в договоре соглашение между сторонами или на другое применимое законодательство, помимо проекта документа. Было указано, что это предложение основано на предположении о том, что любое положение, касающееся ответственности перевозчика в существующем тексте проектов статей 29 и 30, необходимо будет вновь рассмотреть в контексте положений проекта документа, касающихся обязательств перевозчика в более общем плане (и возможно включить в эти положения). Было высказано мнение, что санкция, предусматриваемая применительно к нарушению перевозчиком своего обязательства по статье 26, должна заключаться не в возложении ответственности, а в утрате перевозчиком права ссылаться на статью 25.

141. Хотя было высказано общее мнение о том, что текст этого предложения, возможно, необходимо будет улучшить, в частности для избежания неопределенности относительно идентификации "субподрядчика перевозчика", Рабочая группа взяла за основу в ходе своей работы принципы, отраженные в этом предложении.

Принцип ответственности грузоотправителя по договору, основанной на вине

142. Была выражена решительная поддержка в отношении принципа, в соответствии с которым режим ответственности, применимый в отношении грузоотправителя по договору, должен в целом основываться на вине по аналогии с режимом ответственности, установленным в проекте документа в отношении перевозчика. Что касается возможных случаев, для которых, возможно, необходимо будет предусмотреть строгую ответственность грузоотправителя по договору, то были предложены следующие исключения из общего принципа:

– случаи, которые упомянуты в подпункте (c) проекта статьи 27 (информация, требующаяся перевозчику для составления транспортных документов) и в отношении которых уже предусматривается режим строгой ответственности в статье III.5 Гаагско–Висбийских правил;

– случаи, указанные в подпункте (b) проекта статьи 27 (информация, которая необходима перевозчику для соблюдения правил или требований публичных органов).

143. В отношении формулировки вышеуказанных исключений было высказано получившее широкую поддержку мнение о том, что формулировку "с учетом положений статьи 26, 27 и 28" в представленном предложении, возможно, необходимо будет изменить не только для того, чтобы указать отдельные исключения, но также для разъяснения того, что строгая ответственность грузоотправителя по договору в соответствии с данным положением будет возникать только в случае нарушения им обязательства предоставить перевозчику необходимую информацию, инструкции или документы.

Ответственность грузоотправителя по договору перед грузополучателем или распоряжающейся стороной

144. С учетом доводов, выдвинутых сторонниками текста, предложенного для замены проектов статей 29 и 30, было поддержано предложение не рассматривать вопрос об ответственности грузоотправителя по договору перед грузополучателем. В то же время было высказано мнение о том, что положения, касающиеся ответственности грузоотправителя по договору, должны быть аналогичны в структурном отношении положениям, касающимся ответственности перевозчика, и вопрос об ответственности перед грузополучателем и распоряжающейся стороной, возможно, необходимо будет вновь рассмотреть на более позднем этапе.

Солидарная ответственность

145. Было поддержано предложение сохранить пункт 3 варианта B первоначального текста статьи 29 для продолжения на более позднем этапе обсуждения вопроса о солидарной ответственности, который не рассматривается в представленном предложении. Было высказано мнение о том, что, если положение о солидарной ответственности будет в конечном счете сохранено в проекте документа, возможно потребуется положение для регулирования порядка подачи регрессных исков.

Опасные грузы

146. В отношении существа предложения, в соответствии с которым грузоотправитель по договору должен нести строгую ответственность за

информирование перевозчика об опасном характере груза и о необходимых мерах безопасности, было выражено беспокойство в связи с тем, что предлагаемое положение может оказаться ненужным, а его последствия неопределенными, непредсказуемыми и чрезмерно обременительными для грузоотправителя по договору, особенно с учетом существования в ряде стран прецедентного права, в соответствии с которым груз, хотя он и не определяется в качестве опасного груза до перевозки, может быть впоследствии объявлен опасным грузом судом, рассматривающим требование, только по причине того, что он явился причиной ущерба. Было высказано мнение о том, что вопрос об опасных грузах в достаточной степени рассматривается в проекте документа, например в проектах статей 27 и 12, в которых вполне обоснованно не используется само понятие "опасные грузы". Согласно другим мнениям, вопрос об опасных грузах можно было бы охватить путем ссылки на статью 13(2) Гамбургских правил или благодаря включению в проект статьи 27 обязательства грузоотправителя по договору информировать перевозчика об опасном характере груза.

147. Особое внимание в ходе обсуждения было уделено определению опасных грузов. По общему мнению, если положение, содержащее прямую ссылку на понятие опасных грузов, будет сохранено, то в проекте документа следует дать соответствующее определение. Единственным возможным источником, как отмечалось, является определение, содержащееся в Международной конвенции об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ (ОВВ), однако были выражены значительные сомнения в отношении целесообразности включения такого определения в документ по международному торговому праву. Было поддержано предложение рассмотреть в определении вопрос о грузах, которые становятся опасными в ходе перевозки.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проектам статей 29 и 30

148. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- аспекты проектов статей 29 и 30, касающиеся ответственности перевозчика, следует перенести для продолжения обсуждения в те положения, которые непосредственно посвящены обязательствам перевозчика;
- следует полностью пересмотреть проекты статей 29 и 30, с тем чтобы отразить общий принцип, в соответствии с которым ответственность грузоотправителя по договору должна основываться на вине;
- следует предусмотреть исключение из этого общего принципа и применение правила о строгой ответственности в тех случаях, когда грузоотправитель по договору не выполняет требования подпунктов (b) и (c) проекта статьи 27; такие исключения следует заключить в квадратные скобки;
- в качестве еще одного варианта следует также включить в квадратных скобках положение, аналогичное статье III.5 Гаагских правил;
- пункт 3 варианта B проекта статьи 29 (A/CN.9/WG.III/WP.32) следует сохранить для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий;
- следует включить в надлежащем месте в проекте документа специальное положение для рассмотрения вопроса об опасных грузах на основе принципа строгой ответственности грузоотправителя по договору за недостаточную или ошибочную информацию в отношении характера груза;

– следует включить широкое определение понятия "опасные грузы"; при разработке такого определения Секретариату предлагается учитывать другие существующие международные транспортные документы, а также рассмотреть вопрос о грузах, которые становятся опасными в ходе перевозки.

Проект статьи 29 бис

149. Рабочая группа рассмотрела предложение о включении в проект документа проекта статьи 29 бис (A/CN.9/WG.III/WP.34, пункт 43).

Причинная обусловленность

150. Были заданы вопросы относительно сферы действия проекта статьи 29 бис. Было высказано мнение о том, что перевозчик должен освобождаться только от ответственности за задержку в сдаче, утрату или повреждение груза, которые были вызваны представлением существенно искаженных данных грузоотправителем по договору. Было указано, что отсутствие причинной обусловленности в предлагаемом проекте статьи не является новым моментом, и была сделана ссылка на соответствующее положение статьи IV.5.h Гаагско–Висбийских правил. Преобладающее мнение заключалось в том, что проект статьи 29 бис содержит хорошо известное положение, в котором рассматривается важный вопрос, и что это положение должно быть включено в текст в квадратных скобках, с тем чтобы отразить замечания, высказанные в отношении причинной обусловленности.

Задержка

151. Были заданы вопросы относительно включения в проект статьи 29 бис ущерба, возникающего в результате задержки, особенно с учетом того, что соответствующее положение Гаагско–Висбийских правил не охватывает ущерб в результате задержки. Преобладающее мнение заключалось в том, что заключение соответствующего текста в квадратные скобки также позволит отразить замечания, высказанные в отношении включения ущерба в результате задержки в сдаче.

Место в тексте

152. Было высказано мнение относительно целесообразности рассмотрения вопроса о том, что проект статьи 14, возможно, уже охватывает ситуации, когда грузоотправитель по договору представляет существенно искаженные данные. Было решено, что Секретариат рассмотрит проект статьи 14 при решении о том, в какое место в проекте документа лучше всего поместить проект статьи 29 бис.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 29 бис

153. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

– текст проекта статьи 29 бис следует включить в проект документа в квадратных скобках;

– вопросы, касающиеся причинной обусловленности и включения ущерба за задержку в сдаче, будут рассмотрены на одной из будущих сессий;

– Секретариату следует рассмотреть вопрос о включении проекта статьи 29 бис в главу 5 об ответственности перевозчика.

Проект статьи 31

154. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 31, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

155. В порядке напоминания Рабочей группе было указано, что существует три возможные категории грузоотправителей, включая грузоотправителя по документам, грузоотправителя по договору и фактического грузоотправителя, и что проект статьи 31 предназначен для рассмотрения позиции продавца на условиях ФОБ, который именуется в транспортном документе грузоотправителем (см. A/CN.9/510, пункт 164, и A/CN.9/WG.III/WP.21, пункты 118–122). Кроме того, было указано, что в целом это положение должно быть, как предполагалось, аналогичным положению об идентификации перевозчика в пункте 36(3), и было высказано мнение о том, что этот пункт и данное положение, возможно, следует согласовать. Было выражено общее мнение о том, что наиболее типичной ситуацией, которая может возникать в соответствии с проектом статьи 31, является ситуация, когда направляется просьба изменить наименование грузоотправителя по договору в транспортном документе. Кроме того, было также решено провести дополнительное исследование, с тем чтобы определить, возникает ли проблема отсутствия наименования грузоотправителя по договору в транспортном документе достаточно часто для того, чтобы оправдать рассмотрение данного положения.

"несет обязательства и ответственность, возлагаемые на грузоотправителя по договору"

156. Были заданы вопросы о том, предусматривается ли в проекте статьи 31, что обязательства и ответственность грузоотправителя по договору переносятся на фактического грузоотправителя или грузоотправителя по документам, или же предусматривается, что они будут нести солидарную ответственность. В ответ было указано, что цель проекта статьи 31 состоит в том, чтобы возложить обязательства и ответственность на грузоотправителя по документам не вместо, а в дополнение к грузоотправителю по договору. Было также выражено беспокойство в связи с тем, следует ли возлагать на грузоотправителя по документам все обязательства и ответственность грузоотправителя по договору. Было высказано мнение о том, что, возможно, было бы лучше применять проект статьи 31 только в тех случаях, когда грузоотправитель по договору неизвестен, обеспечивая при этом, что грузоотправитель по документам будет нести ответственность за предоставление ошибочной или неточной информации, независимо от того, известен ли грузоотправитель по договору. Преобладающее мнение состояло в том, что формулировку "несет обязательства и ответственность" следует заключить в квадратные скобки до дальнейшего рассмотрения вопросов, вызвавших беспокойство в контексте этого проекта статьи.

"принимает транспортный документ или электронную запись"

157. Было выражено беспокойство в связи с тем, что использование слова "принимает" не обеспечивает точности и допускает широкое толкование этого проекта положения. Хотя отмечалось, что слово "принимает" точно отражает ситуацию, когда грузоотправитель по документам становится первым держателем в случае оборотных документов, было высказано мнение о том, что другое слово, например "получает", может оказаться предпочтительнее, поскольку оно будет создавать меньше оснований для беспокойства. Преобладающее мнение состояло в том, что слова "принимает" и "получает" следует включить в текст в квадратных скобках.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 31

158. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

– основная цель проекта статьи 31 является приемлемой, однако следует продолжить изучение вопроса о конкретной сфере применения этого

положения, а также вопроса о том, должно ли оно представлять собой только субсидиарную норму в тех случаях, когда грузоотправитель по договору неизвестен;

– формулировку "несет обязательства и ответственность" следует заключить в квадратные скобки;

– слово "принимает", а также слово "получает" следует заключить в квадратные скобки для дальнейшего обсуждения.

Проект статьи 32

159. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 32, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

160. Было решено, что проект документа должен содержать положение, аналогичное проекту статьи 32. Было указано, что проект статьи 32, как предполагалось, должен быть аналогичным тексту пункта 15(3) (A/CN.9/WG.III/WP.36), касающегося ответственности исполняющей стороны за действия или бездействие любого лица, которому она поручила исполнение каких-либо обязанностей перевозчика в соответствии с договором перевозки, и что в этих двух положениях фактически используются идентичные формулировки. Было выражено определенное беспокойство в отношении круга лиц, на которых может распространяться проект статьи 32, однако было высказано мнение о том, что формулировка "любого лица, которому [грузоотправитель по договору] делегировал исполнение любых из своих обязанностей в соответствии с настоящей главой", достаточно четко определяет круг лиц, на которых распространяется данная статья. Было также выражено беспокойство в связи с тем, содержит ли проект статьи 32 достаточно четкое указание на общее правило, в соответствии с которым ответственность грузоотправителя по договору должна основываться на вине, однако было высказано мнение о том, что формулировка "как если бы такие действия или бездействие являлись его собственными действиями или бездействием" достаточно четко указывает, на какой основе будет оцениваться ответственность. Преобладающее мнение состояло в том, что текст проекта статьи 32 следует сохранить в существующем виде.

Выводы, сделанные Рабочей группой по проекту статьи 32

161. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

– общая структура проекта статьи 32 является приемлемой и существующий текст следует сохранить для дальнейшего обсуждения;

– вопросы, поднятые в отношении взаимосвязи этого положения с пунктом 11(2) и проектом статьи 29 бис, следует рассмотреть на одной из будущих сессий.

Глава 9. Фрахт

162. Рабочая группа рассмотрела текст главы 9, содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

Общая дискуссия

163. Было высказано мнение о том, что глава 9, посвященная фрахту, содержит неимперативные положения, в которых рассматриваются исключительно коммерческие вопросы, и что ее следует исключить. В ответ было указано, что,

хотя глава 9 содержит неимперативные положения, ее положения могут оказаться полезными для заполнения пробелов, существующих в соглашениях коммерческих сторон. Было также указано, что некоторые положения, содержащиеся в главе 9, строго говоря, не посвящены только вопросам фрахта: в пункте 43(2) рассматривается вопрос о прекращении ответственности грузоотправителя по договору и вопрос о передаче прав; положение о "фрахте с предоплатой" в первых двух предложениях пункта 44 (1) предназначено для обеспечения защиты и ясности для третьих сторон, являющихся держателями транспортного документа; а проект статьи 45 представляет собой попытку обеспечить определенную унификацию по вопросу права удержания. Было высказано мнение о том, что, поскольку эти положения содержат важные правила, которые, в частности, касаются и фрахта, их следует сохранить для дальнейшего обсуждения, несмотря на общее желание исключить главу о фрахте. Было выражено общее согласие с таким подходом к рассмотрению всех положений, за исключением проекта статьи 45, который, как отмечалось, является слишком сложным и затрагивает весьма разнообразные вопросы, что не позволяет добиться унификации законодательства, и поэтому в данном случае следует предусмотреть регулирование в соответствии с применимым правом. Преобладающее мнение состояло в том, чтобы полностью исключить главу 9, однако было решено сохранить проект статьи 43(2) и первые два предложения проекта статьи 44(1) (поместив их в другие главы проекта документа) для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой.

Выводы, сделанные Рабочей группой по главе 9

164. После обсуждения Рабочая группа постановила следующее:

- главу 9 следует исключить;
- проект статьи 43(2) и первые два предложения проекта статьи 44(1) следует сохранить в квадратных скобках, а Секретариату следует включить их в соответствующем месте в проекте документа для дальнейшего обсуждения на одной из будущих сессий.

III. Другие вопросы

Сроки проведения четырнадцатой сессии

165. Было указано, что при условии утверждения Комиссией на ее тридцать седьмой сессии (Нью–Йорк, 14–25 июня 2004 года) четырнадцатая сессия Рабочей группы будет проведена с 29 ноября по 10 декабря 2004 года в Венском международном центре в Вене.

Планирование будущей работы

166. В целях упорядочения обсуждения основных положений проекта документа Рабочая группа приняла следующую ориентировочную повестку дня для завершения рассмотрения проекта документа во втором чтении:

– *Четырнадцатая сессия*

Ответственность перевозчика (проекты статей 14, 22 и 23);
Свобода договора (проекты статей 2, 88 и 89);
Юрисдикция и арбитраж (проекты статей 72–80 бис)

– *Пятнадцатая сессия (Нью–Йорк, весна 2005 года)*

Транспортные документы/электронная торговля (проекты статей 3–6 и 33–40);
Право распоряжаться грузом и передача прав (проекты статей 53–61);
Сдача груза (проекты статей 46–52);
Право предъявлять иски и срок исковой давности (проекты статей 63–71).

Методы работы

167. Рабочая группа была информирована о том, что в целях ускорения обмена мнениями, формулирования предложений и достижения консенсуса в процессе подготовки к рассмотрению проекта документа в третьем и последнем чтении, ряд делегаций выступили с инициативой о создании неофициальной консультативной группы для продолжения обсуждений в период между сессиями Рабочей группы. В порядке разъяснения было указано, что такая неофициальная консультативная группа будет функционировать на основе обмена сообщениями по электронной почте (и при необходимости проводить совещания) и будет открыта для участия всех заинтересованных делегаций и наблюдателей. Рабочая группа приветствовала эту инициативу. Была выражена надежда на то, что в процессе деятельности такой неофициальной консультативной группы будет обеспечена определенная степень многоязычия. Секретариату было предложено следить за работой неофициальной консультативной группы и содействовать представлению Рабочей группе предложений, которые заинтересованные государства–члены или наблюдатели, возможно, пожелают внести в отношении проекта документа в результате своих неофициальных консультаций.

168. Ряд делегаций подчеркнули важность завершения работы над проектом документа в течение разумного срока. Некоторые делегации предложили установить в качестве целевого срока 2005 или 2006 год. Хотя никакого решения о конкретных сроках принято не было, было выражено общее мнение о том, что в процессе дальнейших обсуждений на предстоящих сессиях Рабочая группа будет постоянно учитывать и периодически рассматривать вопрос об общих сроках.

G. Записка Секретариата о подготовке проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.36) [Подлинный текст на английском языке]

Предварительный пересмотренный проект статей проекта документа, рассматриваемого в докладе Рабочей группы III о работе ее двенадцатой сессии (A/CN.9/544)

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
	Введение	1
I.	Название проекта документа	2
II.	Сфера применения и исполняющие стороны	3–4
	A. Определение "исполняющей стороны" в статье 1(e)	3
	B. Определения термина "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона"	4
III.	Сфера применения и локализованный или нелокализованный ущерб (проект статьи 18(2))	5
IV.	Сфера применения: определение договора перевозки и режим морского этапа (проекты статей 1(a) и 2)	6
V.	Исключение из режима ответственности, навигационная ошибка и бремя доказывания (проект статьи 14)	7–10
	A. Проект статьи 14	7
	B. "Исключенные иски"	8–10
VI.	Обязательства перевозчика в отношении морского рейса (проект статьи 13)	11
VII.	Ответственность исполняющих сторон (проект статьи 15)	12

Введение

1. В ходе своей двенадцатой сессии Рабочая группа III рассмотрела ряд положений проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов, содержащегося в приложении к записке Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32). Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект этих рассмотренных положений на основе результатов обсуждений или выводов Рабочей группы, сделанных в ходе ее двенадцатой сессии и содержащихся в докладе о работе этой сессии (A/CN.9/544). Предварительный пересмотренный проект этих статей приводится в разделах I–VII ниже.

I. Название проекта документа

2. Рабочая группа рассмотрела название документа, как это отмечается в пунктах 16–19 документа A/CN.9/544. Для целей обсуждения проект документа будет по-прежнему иметь название "Проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов" до принятия Рабочей группой соответствующего решения[1].

II. Сфера применения и исполняющие стороны

A. Определение "исполняющей стороны" в статье 1(e)

3. В дополнение к определениям, предлагаемым в пункте 4 ниже, Рабочая группа рассмотрела, как это отмечается в пунктах 34–42 документа A/CN.9/544, текст проекта статьи 1 (e), содержащийся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32. После обсуждения Рабочая группа решила, как это отмечается в пунктах 21–27 документа A/CN.9/544, исключить понятие "неморская исполняющая сторона" из проекта документа, но в то же время рассмотрела также определение термина "исполняющая сторона", содержащееся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32, без исключения неморских исполняющих сторон. После обсуждения Рабочей группой на ее двенадцатой сессии предварительный пересмотренный вариант проекта статьи 1 (e) гласит следующее:

> "e) "исполняющая сторона" означает любое лицо помимо перевозчика, которое физически исполняет или обязуется физически исполнить[2] любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, включая[3] перевозку, обработку, хранение или складирование груза, если такое лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика[4]. Термин "исполняющая сторона" не включает любое лицо, которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем или является служащим, агентом[5], подрядчиком или субподрядчиком какого-либо лица (помимо перевозчика), которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем"[6].

---

[1] Как отмечается в пункте 19 документа A/CN.9/544, Рабочая группа приняла решение оставить нынешнее название без изменений для целей дальнейших обсуждений.

[2] Как отмечается в пункте 42 документа A/CN.9/544, Рабочая группа приняла в предварительном порядке решение о том, что слова "обязуется физически исполнить" должны быть включены в определение без квадратных скобок, с тем чтобы расширить данное определение и уточнить его пределы с точки зрения физического исполнения обязанностей согласно договору перевозки.

[3] Как далее отмечается в пункте 42 документа A/CN.9/544, Рабочая группа просила Секретариат рассмотреть возможность включения расширительной формулировки, например "в частности", "в том числе" или ссылки на "аналогичные функции", в перечень функций перевозчика. В данное положение было включено слово "включая".

[4] В соответствии с просьбой Рабочей группы (см. пункт 42 документа A/CN.9/544) рассмотреть возможность ограничения этого определения исключается формулировка "независимо от того, является ли данное лицо стороной договора перевозки, указано ли оно в таком договоре или несет ли оно в соответствии с таким договором юридическую ответственность".

[5] Как отмечается в пункте 41 документа A/CN.9/544, было подчеркнуто, что определение не должно включать служащих или агентов в качестве исполняющих сторон.

[6] Как отмечается в пункте 41 документа A/CN.9/544, если Рабочая группа примет решение исключить неморские исполняющие стороны из сферы применения проекта документа, то в общее определение в проекте статьи 1(e) потребуется включить формулировку, аналогичную определению, предлагаемому в пункте 4 ниже, в отношении морских и неморских исполняющих сторон.

B. Определения терминов "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона"

4. Рабочая группа рассмотрела, как это отмечается в пунктах 28–33 документа A/CN.9/544, предложение в отношении определения морских и неморских исполняющих сторон. Если Рабочая группа в конечном счете решит исключить понятие "морской исполняющей стороны" из определения термина "исполняющая сторона" в проекте статьи 1(e), как отмечается в пункте 3 выше, то это определение необходимо будет несколько изменить, как указывается ниже, и с учетом результатов обсуждений на двенадцатой сессии Рабочей группы предварительный пересмотренный вариант предлагаемых определений терминов "морская исполняющая сторона" и "неморская исполняющая сторона" будет гласить следующее[7]:

> "e) "исполняющая сторона" означает любое лицо помимо перевозчика, которое физически исполняет или обязуется физически исполнить любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, включая перевозку, обработку, хранение и складирование груза, если такое лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под контролем или надзором перевозчика. Термин "исполняющая сторона" включает морские исполняющие стороны и неморские исполняющие стороны, как они определяются в подпунктах (f) и (g) настоящего пункта, однако[8] не включает любое лицо, которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем или является служащим, агентом, подрядчиком или субподрядчиком какого-либо лица (помимо перевозчика), которое нанято грузоотправителем по договору или грузополучателем;
>
> f) "морская исполняющая сторона" означает любую исполняющую сторону, которая исполняет любые обязанности перевозчика в период между прибытием груза в порт погрузки [или в случае перевалки, в первый порт погрузки] и его убытием из порта выгрузки [или окончательного порта выгрузки, в соответствующем случае][9]. Исполняющие стороны, которые исполняют любые обязанности перевозчика на суше в период между убытием груза из порта и его прибытием в другой порт погрузки, не считаются морскими исполняющими сторонами;

---

[7] Как отмечается в пункте 31 документа A/CN.9/544, в целом Рабочая группа достигла согласия в отношении того, что эти определения служат хорошей основой для продолжения обсуждения возможных путей определения морских и неморских исполняющих сторон и что географический подход к определению является целесообразным. В этом же пункте отмечается, что было высказано также соображение о том, что опыт, сложившийся в национальном праве ряда стран, свидетельствует о том, что применение географического подхода (являющегося в целом целесообразным) может послужить вероятной причиной для возбуждения многих судебных процессов.

[8] Слова "включает морские исполняющие стороны и неморские исполняющие стороны, как они определяются в подпунктах (f) и (g) настоящего пункта, однако" были включены в общее определение термина "исполняющая сторона", с тем чтобы предусмотреть возможность исключения неморских исполняющих сторон. См. сноску 6 выше.

[9] Как отмечается в пункте 31 документа A/CN.9/544, в Рабочей группе было поддержано предложение о том, что в определение морской исполняющей стороны должны быть включены наземные перемещения груза в рамках порта, как это имеет место, например, в случае перевозки груза автотранспортом от одного причала до другого, но в то же время широкую поддержку получило мнение о том, что перемещение груза между двумя физически отличными друг от друга портами следует рассматривать как часть функций неморской исполняющей стороны. Такое разъяснение можно обеспечить в результате включения в это положение формулировки "включая наземные перемещения груза в рамках одного порта". Как отмечается в пункте 31 документа A/CN.9/544, прозвучало также мнение о том, что железнодорожный перевозчик, даже если он предоставляет свои услуги на территории порта, не должен считаться неморской исполняющей стороной. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это предложение.

g) "неморская исполняющая сторона" означает любую исполняющую сторону, которая исполняет любые обязанности перевозчика до прибытия груза в порт погрузки или после убытия груза из порта выгрузки"[10].

III. Сфера применения и локализованный или нелокализованный ущерб (проект статьи 18(2))

5. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 18(2), как это отмечается в пунктах 43–50 документа A/CN.9/544. Как отмечается в пункте 50[11] документа A/CN.9/544, Рабочая группа согласилась с целесообразностью сохранения проекта статьи в квадратных скобках до принятия Рабочей группой решения о пределе ответственности, установленном в проекте статьи 18(1). Поэтому предварительный текст проекта статьи 18(2) сохраняется в следующем виде:

"[2. Независимо от положений пункта 1, если перевозчик не может установить, произошла ли утрата или повреждение груза в ходе морской перевозки или в ходе перевозки, предшествовавшей морской перевозке или следовавшей за ней, применяется наиболее высокий предел ответственности, устанавливаемый в международных и национальных императивных положениях, регулирующих различные части перевозки.]"[12]

IV. Сфера применения: определение договора перевозки и режим морского этапа (проекты статей 1(a) и 2)

6. Рабочая группа рассмотрела текст проектов статей 1(a) и 2, как это отмечается в пунктах 51–84 документа A/CN.9/544. С учетом результатов

---

[10] Как отмечается в пункте 33 документа A/CN.9/544, было выражено опасение в связи с тем, должна ли рассматриваться в определении ситуация с исполняющими сторонами в государствах, не являющихся договаривающимися. Было высказано мнение о том, что данный вопрос, несмотря на его уместность с учетом опасений в отношении выбора суда и проблемы приведения в исполнение решений иностранных судов, может быть рассмотрен позднее в свете конвенции в целом.

[11] Как отмечается в пункте 50 документа A/CN.9/544, Рабочая группа отметила, что мнения практически в равной степени разделились между теми, кто выступает за исключение проекта статьи 18(2) в целом, и теми, кто выступает за его сохранение. Выступающие за исключение твердо придерживаются своей позиции. Те же, кто отдает предпочтение сохранению этого положения на данном этапе, высказывают определенные пожелания. Рабочая группа согласилась с целесообразностью сохранения проекта статьи в квадратных скобках до принятия Рабочей группой решения о пределе ответственности, установленном в проекте статьи 18(1).

[12] Как отмечается в пунктах 47 и 50 документа, широкую поддержку получило предложение исключить проект статьи 18(2). Некоторые из сторонников сохранения этого положения на данном этапе высказывали определенные пожелания. Как отмечается в пункте 46 документа A/CN.9/544, в редакционном плане было предложено изменить формулировку "в международных и национальных императивных положениях" словами "международных или национальных императивных положениях". Еще одно предложенное уточнение заключалось в том, чтобы сохранить статью 18(2) в квадратных скобках до того, пока в статью 18(1) не будут включены пределы ответственности, заключив в квадратные скобки слова "и национальных императивных положениях", с тем чтобы воспроизвести существующий текст статьи 8. В рамках еще одного альтернативного варианта было предложено установить в статье 18(1) конкретный предел ответственности за локализованный ущерб, а в статье 18(2) – второй конкретный предел ответственности за нелокализованный ущерб без ссылки на другие пределы ответственности в международных и национальных императивных положениях.

обсуждений на двенадцатой сессии Рабочей группы предварительно пересмотренный вариант проектов статей 1(a) и 2[13] гласит следующее:

"Статья 1. Определения

Для целей настоящего документа:

a)[14] Договор перевозки означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из какого-либо места[15] в одном государстве в какое-либо место в другом государстве; такой договор может также включать обязательство такого перевозчика перевезти груз другими видами транспорта до или после перевозки морем[16].

Статья 2. Сфера применения

1. С учетом положений пункта 3 настоящий документ применяется ко всем договорам перевозки, если

a) место получения [или порт погрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

b) место сдачи [или порт разгрузки], [указанное] [указанные] либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, [расположено] [расположены] в Договаривающемся государстве, или

c) [фактическое место сдачи является одним из возможных мест сдачи, указанных либо в договоре перевозки, либо в договорных условиях, и это место расположено в Договаривающемся государстве, или][17]

---

[13] Как отмечается в пункте 67 документа A/CN.9/544, в Рабочей группе возобладало мнение о том, что из будущего пересмотренного текста проекта документа должны быть исключены варианты A, B и C проекта статьи 2(1), содержащиеся в документе A/CN.9/WG.III/WP.32. Кроме того, как отмечается в пункте 74 документа A/CN.9/544, Рабочая группа постановила сохранить второе предложение в отношении проектов статей 1 и 2(1) для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий.

[14] Как отмечается в пункте 75 документа A/CN.9/544, еще один вариант проекта статьи 1(a) мог бы гласить следующее:

"Договор перевозки означает договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве, если:

i) договор включает обязательство перевезти груз морем из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве; или

ii) перевозчик может исполнить договор, по крайней мере частично, путем перевозки груза морем из какого-либо места в одном государстве в какое-либо место в другом государстве, и груз фактически перевозится таким образом.

Кроме того, договор перевозки может также включать обязательство перевезти груз другими видами транспорта до или после международной морской перевозки".

[15] Как отмечается в пункте 69 документа A/CN.9/544, принимая во внимание трудности, которые, как предполагается, возникнут в связи с определением "порта", возобладало мнение о том, что может быть использовано более нейтральное слово "место", принимая во внимание основную направленность этого проекта положения на морские перевозки, которая выражается во всем его тексте.

[16] Как отмечается далее в пункте 69 документа A/CN.9/544 и с учетом заключительной формулировки варианта, предлагаемого в пункте 75 документа A/CN.9/544 (см. также сноску 14, выше), было высказано мнение о том, что вторая формулировка в подпункте (i) могла бы гласить следующее: "Кроме того, такой договор может также включать обязательство такого перевозчика перевезти груз другими видами транспорта до или после такой международной морской перевозки".

[17] Как отмечается в пункте 59 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила сохранить этот текст в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

d)[18] в договоре перевозки предусматривается, что он регулируется настоящим документом или законодательством любого государства, вводящим его в действие[19].

[1 бис. Договор, предусматривающий вариант перевозки груза морем, считается договором перевозки согласно статье 1(a) при условии, что груз фактически перевозится морем.][20].

2. Положения настоящего документа применяются без учета национальности судна, перевозчика, исполняющих сторон, грузоотправителя по договору, грузополучателя или любых других заинтересованных сторон[21].

3. Положения настоящего документа не применяются в отношении чартеров [договоров фрахтования, договоров на массовые грузы или аналогичных соглашений][22].

---

[18] Как отмечается в пункте 58 документа A/CN.9/544, общая поддержка была выражена исключению подпункта (d), который содержится в вариантах A, B и C проекта статьи 2(1) в документе A/CN.9/WG.III/WP.32.

[19] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть предложение (см. пункт 60 документа A/CN.9/544) относительно замены слов "в договоре перевозки" в начале этого проекта положения словами "в договоре перевозки или любом связанном с ним договоре" или словами "в договоре перевозки или любом другом договоре, связанном с исполнением договора перевозки".

[20] Как отмечается в пункте 74 документа A/CN.9/544, Рабочая группа постановила сохранить второе предложение в отношении проектов статей 1(a) и 2(1), как оно отражено в пункте 68 документа A/CN.9/544, для продолжения обсуждений на одной из будущих сессий при условии переноса заключенного в квадратные скобки подпункта (ii) за пределы определения "договора перевозки", содержащегося в статье 1(a). В настоящее время этот подпункт (ii) перенесен в виде пункта 2(1 бис). Хотя были высказаны различные мнения относительно целесообразности исключения этого подпункта (см. пункт 72 документа A/CN.9/544) или относительно его улучшения (см. пункт 71 документа A/CN.9/544), было также сочтено, что, хотя текст этого подпункта, возможно, потребует значительных редакционных поправок, проект документа должен охватывать ситуацию, когда в договоре не указывается конкретный вид транспорта. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, как это предлагалось, подход, использованный в статье 18(4) Монреальской конвенции, текст которой гласит следующее: "Период времени воздушной перевозки не включает в себя никакой наземной перевозки, морской перевозки или перевозки внутренним водным путем, осуществленной вне аэропорта. Однако если подобная перевозка осуществляется во исполнение договора воздушной перевозки в целях погрузки, выдачи или перегрузки, любой вред, до доказательства противного, считается следствием события, имевшего место во время воздушной перевозки. Если перевозчик без согласия отправителя заменяет перевозку, которую по соглашению между сторонами предполагалось осуществить по воздуху, полностью или частично перевозкой каким-либо другим видом транспорта, такая перевозка другим видом транспорта считается перевозкой, осуществляемой в период времени воздушной перевозки".

[21] Как отмечается в пункте 76 документа A/CN.9/544, Рабочая группа сочла содержание пункта 2 в целом приемлемым.

[22] Хотя широкое согласие в рамках Рабочей группы (см. пункт 77 документа A/CN.9/544) было высказано в связи с мнением о том, что некоторые виды договоров вообще не должны охватываться проектом документа или должны охватываться на неимперативной субсидиарной основе, например договоры, которые на практике являются результатом обширных переговоров между грузоотправителями и перевозчиками, были высказаны различные взгляды в отношении наилучших законодательных инструментов для исключения тех договоров, которые не должны охватываться проектом документа на императивной основе (см. пункт 78 документа A/CN.9/544). Одно предложение заключалось в том, что такие договоры должны регулироваться не в проекте статьи 2, а в главе 19, посвященной свободе договора, с возможным дополнением ссылкой на "соглашение о морских линейных перевозках (СМЛП)", как это отмечается в документе A/CN.9/WG.III/WP.34, с учетом предлагаемого определения, которое излагается в пункте 78 документа A/CN.9/544. Другая точка зрения состояла в том, что пункт 3 следует исключить и что этот вопрос должен быть рассмотрен в тех положениях проекта документа, которые касаются свободы договора

4. Несмотря на положения пункта 3, если оборотный транспортный документ или оборотная электронная запись составляются в соответствии с чартером [договором фрахтования, договором на массовые грузы или аналогичным соглашением], положения настоящего документа применяются в отношении договора, подтверждаемого таким документом или такой электронной записью или содержащегося в них, с того момента и в той степени, в какой данный документ или электронная запись регулируют отношения между перевозчиком и держателем, не являющимся фрахтователем[23].

5. Если договор предусматривает будущую перевозку в нескольких партиях, настоящий документ применяется в отношении каждой партии, если это предусмотрено пунктами 1, 2, 3 и 4"[24].

V. Исключение из режима ответственности, навигационная ошибка и бремя доказывания (проект статьи 14)

A. Проект статьи 14

7. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 14, как это отмечается в пунктах 85–144 документа A/CN.9/544. После обсуждения в Рабочей группе на ее двенадцатой сессии предварительный пересмотренный вариант проекта статьи 14 гласит следующее[25]:

"Статья 14. Основания ответственности

1. Перевозчик несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если [истец][26] докажет, что

(см. пункт 79 документа A/CN.9/544), а еще одно мнение заключалось в том, что вместо указания видов договоров, исключаемых из сферы действия проекта документа, будет, возможно, проще определить ситуации, когда императивное применение проекта документа было бы неуместным (см. пункт 80 документа A/CN.9/544). Хотя Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект этого положения с возможными вариантами, Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого вопроса и дать необходимые разъяснения, например, по вопросу о том, следует ли определять сферу применения на основе видов транспортных документов, которые будут подпадать под действие императивного режима, или же исключение должно основываться на договоре перевозки или же на виде перевозки, которая, как предполагается, должна подпадать под действие императивного режима.

[23] Как отмечается в пункте 83 документа A/CN.9/544, с учетом возможного рассмотрения вопроса об изменении места пункта 4 в тексте после обсуждения главы 19 Рабочая группа сочла содержание этого проекта положения в целом приемлемым. Было решено сохранить слова "[договором фрахтования, договором на массовые грузы или аналогичным соглашением]" в квадратных скобках для дальнейшего обсуждения.

[24] Как отмечается в пункте 84 документа A/CN.9/544, с учетом возможного рассмотрения вопроса об изменении пункта 5 в тексте после обсуждения главы 19 Рабочая группа сочла содержание этого проекта положения в целом приемлемым. Кроме того, если пункт 1 бис будет сохранен в этом проекте статьи, ссылка на этот пункт также должна быть включена в ссылку на другие пункты в заключительной формулировке данного пункта.

[25] Как отмечается в пункте 110 документа A/CN.9/544, единогласная поддержка была выражена идее о том, чтобы третий пересмотренный вариант (что касается пунктов 2 и 4) и второй пересмотренный вариант (что касается остальной части проекта статьи 14) легли в основу будущей работы над статьей 14(2) при условии внесения редакционных изменений, о которых говорилось в пунктах 85–144.

[26] Как предлагалось в пунктах 105 и 133 документа A/CN.9/544, слова "грузоотправитель по договору" были заменены словом "истец", однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в проект статьи 63 проекта документа при обсуждении этого положения определения термина "истец".

a) утрата, повреждение или задержка; или

b) событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку [или способствовавшее им]

произошло в период ответственности перевозчика, как он определен в главе 3, если только [и в той мере, в которой] перевозчик не докажет, что ни его вина, ни вина любого лица, упомянутого в статье 14 бис[27], не явились причиной утраты, повреждения или задержки [или не способствовали им].

2.[28] Без ущерба для положений пункта 3[29], если [и в той мере, в которой][30] перевозчик в качестве альтернативы доказыванию отсутствия вины, как это предусматривается в пункте 1[31], докажет, что утрата, повреждение или задержка были вызваны одним из следующих событий:

..... *[место для включения "исключенных принципов", см. раздел B ниже]*

то перевозчик несет ответственность за такую утрату, повреждение или задержку[32], если [и в той мере, в которой][33] истец докажет, что:

i) вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14 бис, явилась причиной события, на которое ссылается перевозчик согласно настоящему пункту, [или способствовало ему]; или

ii) какое-либо событие, иное чем те, которые перечислены в настоящем пункте[34], способствовало утрате, повреждению или

---

[27] Это – ссылка на проект статьи 15(3) в документе A/CN.9/WG.III/WP.32, которую Рабочая группа решила выделить в отдельную статью, которой на предварительной основе был присвоен номер 14 бис. См. пункт 167 документа A/CN.9/544 и обсуждение проекта статьи 15(3), резюме которого приводится в пунктах 166–170.

[28] Как отмечается в пункте 115 документа A/CN.9/544, содержащиеся в подпунктах (i) и (ii) пункта 2 положения о доказывании противного, стали, возможно, неясными в результате внесенных изменений, и было предложено разбить пункт 2 на два отдельных предложения с тем, чтобы разъяснить эту потенциальную проблему. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это предлагаемое разъяснение.

[29] Формулировка "без ущерба для положений пункта 3" была добавлена для разъяснения взаимосвязи между пунктами 2 и 3 в соответствии с решением Рабочей группы, о котором говорится в пункте 113 документа A/CN.9/544.

[30] Формулировка "[и в той мере, в которой]" была добавлена в соответствии с решением Рабочей группы, о котором говорится в пункте 112 документа A/CN.9/544.

[31] Квадратные скобки, в которые заключена формулировка ", в качестве альтернативы доказыванию отсутствия вины, как это предусматривается в пункте 1", были исключены в соответствии с решением Рабочей группы, о котором говорится в пункте 113 документа A/CN.9/544.

[32] Как отмечается в пункте 113 документа A/CN.9/544, для замены формулировки "его ответственность будет возникать" были предложены следующие формулировки: "то ответственность перевозчика сохраняется или продолжается" или "то перевозчик несет ответственность за такую утрату, повреждение или задержку".

[33] Формулировка "только в случае" была исключена и вместо нее была включена формулировка "если [и в той мере, в которой]" в соответствии с решением Рабочей группы, о котором говорится в пункте 112 документа A/CN.9/544.

[34] Как отмечается в пункте 111 документа A/CN.9/544, непреднамеренный результат, который может создать текст подпункта 2(ii), поскольку он позволяет предположить, что грузоотправителю по договору или истцу будет необходимо доказывать как наличие дополнительной причины утраты, так и то, что она не входит в перечень "исключенных рисков" в подпункте 2(i), может быть исправлен путем включения в подпункт 2(ii) после слов "событие, иное чем те, которые перечислены в настоящем пункте" дополнительной формулировки "на которую ссылается перевозчик". Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность добавления такой формулировки.

задержке. В подобном случае ответственность определяется[35] в соответствии с пунктом 1[36].

3. В той мере, в которой [истец][37] докажет [, что имели место] [, что утрата, повреждение или задержка были вызваны] [, что утрата, повреждение или задержка могли быть вызваны][38],

i) нemореходное состояние судна;

ii) ненадлежащее укомплектование экипажа, оснащение или снабжение судна; или

iii) тот факт, что трюмы или другие части судна, в которых перевозится груз (включая контейнеры, когда они предоставлены перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз), не находились в должном или безопасном состоянии для погрузки, перевозки и хранения груза,

то перевозчик несет[39] ответственность согласно пункту 1, если он не докажет, что

a) он выполнил свое обязательство проявлять надлежащую осмотрительность, как это требуется согласно статье 13(1). [; или

b) утрата повреждения или задержка не были вызваны любым из обстоятельств[40], упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii) выше.][41]

4. В случае, если вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14 бис, способствовала утрате, повреждению или задержке вместе с одновременным воздействием других причин, за которые перевозчик не несет ответственности, объем

---

[35] Для обеспечения большей определенности слово "оценивается" было заменено словом "определяется".

[36] Как отмечается в пункте 114 документа A/CN.9/544, для того чтобы отразить общее согласие с тем, что в ситуации, когда грузоотправитель по договору или истец доказали наличие относимой насчет перевозчика причины причинения ущерба, которая, однако, не включена в перечень "исключенных рисков" согласно подпункту (ii), следует вернуться к применению пункта 1 и поэтому в конце подпункта (ii) необходимо добавить следующее предложение: "В подобном случае ответственность оценивается в соответствии с пунктом 1".

[37] См. сноску 26 выше.

[38] Как отмечается в пункте 132 документа A/CN.9/544, Рабочая группа придерживалась мнения, что в тексте должны сохраняться два альтернативных подхода для дальнейшего рассмотрения и проведения консультаций до принятия решения по этому вопросу. Было также высказано мнение о том, что концепцию "вероятность установления причинной связи" с одним из событий, указанных в подпунктах (i), (ii) или (iii), возможно, потребуется изучить более тщательно, и что в качестве возможной формулировки для третьего альтернативного варианта можно было бы использовать слова "[что утрата, повреждение или задержка могли быть вызваны]".

[39] Как отмечается в пункте 103 документа A/CN.9/544, одно из замечаний редакционного характера, высказанных в связи с пересмотренным вариантом этой статьи в целом, состояло в том, что в английском тексте используются формулировки "shall be liable" и "is liable", а в этом отношении следовало бы попытаться обеспечить единообразие.

[40] В целях достижения большей ясности предлагается заменить слово "факты" более общим термином "обстоятельства" или же в противном случае словом "события" или "вопросы".

[41] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть альтернативную структуру пункта 3, которую она приняла к сведению, как это отмечается в пункте 134 документа A/CN.9/544:

"3. Перевозчик не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в результате нemореходного состояния судна, [как об этом утверждает] [как это доказывает] истец, в той мере, в которой перевозчик докажет, что

a) он выполнил свои обязательства по проявлению надлежащей осмотрительности, как это требуется согласно статье 13(1). [; или

b) утрата, повреждение или задержка не были вызваны каким-либо из фактов, упомянутых в подпунктах (i), (ii) и (iii) выше.]".

ответственности перевозчика без ущерба для его права на ограничение ответственности, как это предусматривается в статье 18, определяется [судом] пропорционально той мере, в которой утрата, повреждение или задержка могут быть отнесены на счет его вины. [Суд может распределить ответственность на равных основаниях лишь в том случае, если он не способен установить фактические доли или если он установит, что фактические доли распределения являются равными.]"[42]

B. "Исключенные риски"

8. Рабочая группа рассмотрела текст "исключенных рисков", изложенный в проекте статьи 14 в документе A/CN.9/WG.III/WP.32, как это отмечается в пунктах 117–129 документа A/CN.9/544. После обсуждений в Рабочей группе на ее двенадцатой сессии предварительный пересмотренный вариант перечня "исключенных рисков" в проекте статьи 14 гласит следующее:

"a) [Непреодолимая сила][43], война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм[44], восстания и народные волнения;[45]

b) карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей[46] или народов или создаваемые ими препятствия [включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса][47];

---

[42] Как отмечается в пункте 143 документа A/CN.9/544, широкую поддержку получило предложение добавить в квадратных скобках заключительное предложение, взятое из второго пересмотренного варианта и гласящее следующее: "[Суд может распределить ответственность на равных основаниях лишь в том случае, если он не способен установить фактические доли или если он установит, что фактические доли распределения являются равными]". Мнение о том, что дальнейшее обсуждение должно основываться именно на этом тексте, получило широкую поддержку. Рабочая группа, возможно, пожелает также продолжить рассмотрение альтернативного предложения, которое она приняла к сведению и которое позволяет учесть ситуацию, рассматриваемую в подпункте 2(ii), когда ущерб причинен не в результате какой-либо фактической вины:
"4. В случае, если вина перевозчика или какого-либо лица, упомянутого в статье 14 бис, [или событие, иное чем то, на которое ссылается перевозчик,] [способствовала] [способствовали] утрате, повреждению или задержке вместе с одновременным воздействием других причин, за которые перевозчик не несет ответственности, объем ответственности перевозчика без ущерба для его права на ограничение ответственности, как это предусматривается в статье 18, определяется [судом] пропорционально той мере, в которой утрата, повреждение или задержка могут быть отнесены на счет такой вины [или события]".

[43] Как отмечается в пункте 120 документа A/CN.9/544, широкую поддержку в Рабочей группе получило предложение сохранить исключение на основании "непреодолимой силы".

[44] Как отмечается в пункте 121 документа A/CN.9/544, общая точка зрения в Рабочей группе состояла в том, что пиратство и терроризм должны быть включены в перечень.

[45] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, было предложено расширить охват подпунктов (a) и (b) за счет включения слов "и все другие события, наступившие не по вине перевозчика". Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это предложение.

[46] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, были выражены сомнения в отношении смысла использования слова "правители" с учетом современных политических реалий. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос в ходе дальнейших обсуждений.

[47] Как отмечается в пункте 122 документа A/CN.9/544, было предложено снять квадратные скобки и сохранить текст, однако был задан вопрос о том, может ли формулировка "включая вмешательство в рамках или во исполнение юридического процесса" охватывать также ситуацию, когда по ходатайству стороны, заявляющей требование на груз, на судно накладывается арест. Было предложено разъяснить значение этой формулировки. Предлагаемое разъяснение может быть обеспечено в результате возвращения к формулировке, содержащейся в статье IV.2.g Гаагских и Гаагско-Висбийских правил, в

c) действия или упущение грузоотправителя по договору, распоряжающейся стороны или грузополучателя;

d) забастовки, локауты, приостановления или задержки работы[48];

e) потеря объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за особой природы или скрытых недостатков груза или внутренне присущих грузу дефектов;

f) недостаточность или плохое состояние упаковки[49];

g) скрытые дефекты судна[50], которые нельзя обнаружить при проявлении разумной заботливости[51];

h) обработка, погрузка, укладка или разгрузка груза грузоотправителем по договору[52], распоряжающейся стороной и грузополучателем или от их имени;

i) действия перевозчика или исполняющей стороны во исполнение полномочий, предусмотренных в статьях 12 и 13(2), когда груз стал представлять опасность для людей, имущества или окружающей среды или был принесен в жертву;

j) любых других причин, возникших не из-за действий и не по личной вине перевозчика и не из-за действий и не в результате небрежности агентов или служащих перевозчика, однако бремя доказывания возлагается на лицо, требующее такого освобождения от ответственности, и оно должно доказать, что ни действия или личная вина перевозчика, ни действия или небрежность агентов или служащих перевозчика не способствовали потерям или убыткам"[53].

9. Как отмечается в пункте 117 документа A/CN.9/544, в Рабочей группе была выражена поддержка мнению о том, что два исключения к общему подходу, который предусматривает включение перечня рисков в статьях IV.2.c–IV.2.q Гаагских и Гаагско-Висбийских правил, состоят в исключении статьи IV.2.a

---

которой "наложение судебного ареста" прямо исключает арест судна. См. также предложение, изложенное в сноске 45 выше.

[48] Как отмечается в пункте 123 документа A/CN.9/544, Рабочая группа приняла к сведению предложение о возможной необходимости проведения в этом подпункте разграничения между общими забастовками и забастовками, которые могут происходить на коммерческом предприятии перевозчика и за которые перевозчик может нести определенную вину. Кроме того, как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, была выражена неуверенность в отношении точного смысла формулировки "задержки работы". Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этих вопросов.

[49] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, было предложено разъяснить, что упаковка или маркировка должны быть произведены "грузоотправителем по договору". Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого предложения.

[50] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, была выражена поддержка мнению о том, что в этом подпункте должно быть четко указано, что скрытые дефекты, о которых идет речь, являются дефектами судна.

[51] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, было отмечено, что если формулировка "разумная заботливость" используется в других местах текста, например в проекте статьи 13, то ее следует повторить в этом подпункте в интересах обеспечения последовательности.

[52] Как отмечается в пункте 125 документа A/CN.9/544, было предложено исключить формулировку "грузоотправителем по договору... или от их имени" в этом подпункте как вводящую в заблуждение. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого предложения.

[53] Этот текст соответствует тексту статьи IV.2.q Гаагских и Гаагско-Висбийских правил, который был включен для дальнейшего обсуждения данного текста. Как отмечается в пунктах 117 и 129 документа A/CN.9/544, Рабочая группа согласилась с тем, что в проект документа должен быть включен перечень "исключенных рисков" и что суть и содержание исключений в этом перечне должны основываться на Гаагских и Гаагско-Висбийских правилах, в том числе на статье IV.2.q.

(навигационная ошибка) и изменении формулировки статьи IV.2.b (исключение на основании пожара), с тем чтобы отразить ее ограниченную применимость к морскому этапу перевозки. Как отмечается в пункте 128 документа A/CN.9/544, Рабочая группа согласилась сохранить исключение на основании пожара и в настоящее время опущенное исключение на основании навигационной ошибки в проекте статьи 22 главы 6 проекта документа (A/CN.9/WG.III/WP.32) отдельно от перечня "исключенных принципов" в проекте статьи 14, с тем чтобы в будущем рассмотреть вопрос о том, в каком месте проекта документа их было бы целесообразно указать. Текст исключения на основании пожара в вариантах A и B проекта статьи 22 сохраняется в существующем виде:

"Статья 22. Ответственность перевозчика

[...]

"пожара на судне, если только он не возник вследствие действия или вины перевозчика"[54].

10. Как отмечается в пункте 127 документа A/CN.9/544, в Рабочей группе возобладала точка зрения о том, что решение об исключении навигационной ошибки в качестве основания для освобождения от ответственности должно оставаться в силе, при том, что последствия этого решения должны быть рассмотрены в рамках будущих обсуждений применительно к бремени доказывания.

VI. Обязательства перевозчика в отношении морского рейса (проект статьи 13)

11. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 13, как это отмечается в пунктах 145–157 документа A/CN.9/544. После обсуждения в Рабочей группе на ее двенадцатой сессии предварительный пересмотренный вариант проекта статьи 13 гласит следующее:

"Статья 13. Дополнительные обязательства, применимые в отношении морского рейса

1. Перевозчик обязан до, в начале и в ходе[55] морского рейса проявлять надлежащую осмотрительность с целью:

a) обеспечения и поддержания мореходности судна;

b) надлежащего укомплектования экипажа[56], оснащения и обеспечения судна и поддержания такого укомплектования экипажа[57], оснащения и обеспечения судна в течение всего рейса[58];

---

[54] Как отмечается в пункте 126 документа A/CN.9/544, хотя было решено, что исключение на основании пожара следует сохранить, в Рабочей группе были высказаны различные мнения в отношении текста этого исключения, и поэтому его текст воспроизводится без каких-либо изменений.

[55] Как отмечается в пункте 153 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила, что обязательство перевозчика проявлять надлежащую осмотрительность в отношении обеспечения мореходности судна, должно носить бессрочный характер и что поэтому следует снять все квадратные скобки в проекте статьи 13(1), в которые заключены формулировки "и в ходе" в проекте статьи 13(1), "и поддержания" в проекте статьи 13(1)(a), а также "и поддержания" в проекте статьи 13(1)(c), сохранив заключенный в них текст. Рабочая группа достигла также согласия в отношении того, что придание такому обязательству бессрочного характера затрагивает баланс распределения рисков между перевозчиком и сторонами, заинтересованными в грузе, в проекте документа и что Рабочей группе следует учитывать этот момент при рассмотрении остальной части документа.

[56] Как отмечается в пункте 148 документа A/CN.9/544, было внесено предложение редакционного характера, которое заключалось в том, чтобы вместо слов "man ... the ship" в

c) обеспечение и поддержание надлежащего состояния и безопасности трюмов и других частей судна, в котором перевозится груз, включая контейнеры, если они предоставляются перевозчиком, в которых или на которых перевозится груз, в целях его приемки, перевозки и обеспечения сохранности.

[2. Несмотря на положения статей 10, 11 и 13 (1), перевозчик может пожертвовать грузом, если такая жертва приносится разумно в интересах общей безопасности или в целях защиты от неизбежной опасности[59] для человеческой жизни или[60] другого имущества, являющегося элементом единого предприятия.]"[61]

VII. Ответственность исполняющих сторон (проект статьи 15)

12. Рабочая группа рассмотрела текст проекта статьи 15, как это отмечается в пунктах 158–181 документа A/CN.9/544. После обсуждения в Рабочей группе на ее двенадцатой сессии предварительный пересмотренный вариант проектов статей 14 бис и 15 гласит следующее:

"*Статья 14 бис*.[62]

С учетом положений пункта 15 (4)[63] перевозчик несет ответственность за действия и бездействие

a) любой исполняющей стороны и

тексте на английском языке использовать такие нейтральные с точки зрения мужского и женского рода формулировки, как "crew" или "staff". Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это предложение.

[57] Там же.

[58] Как отмечается в пункте 153 документа A/CN.9/544, Рабочая группа просила Секретариат внести необходимые изменения в подпункт (b) для обеспечения того, чтобы такое обязательство понималось как носящее постоянный характер. Включение формулировки "в течение всего рейса", как представляется, позволяет получить такой результат. Возможным альтернативным вариантом является включение слов "и на постоянной основе" после слова "надлежащего".

[59] Как отмечается в пунктах 156 и 157 документа A/CN.9/544, Рабочая группа просила Секретариат подготовить редакционные предложения для включения ссылки на существование неизбежной опасности, приняв при этом меры к тому, чтобы не наносить ущерба нормам, касающимся общей аварии и не изменять их. В соответствии с формулировкой Правила A Йорк-антверпенских правил 1994 года после слова "защиты" были добавлены слова "от риска".

[60] Как отмечается в пункте 157 документа A/CN.9/544, Рабочая группа просила Секретариат подготовить редакционные предложения для включения ссылки на защиту человеческой жизни. Поэтому перед словами "или другого имущества" были включены слова "человеческой жизни".

[61] Как отмечается в пункте 157 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила сохранить проект статьи 13 (2) в квадратных скобках в его нынешнем месте в целях рассмотрения на более позднем этапе вопроса о целесообразности его перенесения в главу 17, касающуюся общей аварии.

[62] Ранее проект статьи 15 (3), который, однако, был перенесен и на предварительной основе назван "Статья 14 бис" в соответствии с решением Рабочей группы, о котором говорится в пункте 167 документа A/CN.9/544.

[63] Как отмечается в пункте 170 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила сохранить эту вводную формулировку, хотя было предложено заменить ее словами "с учетом ответственности и пределов ответственности, которыми может воспользоваться перевозчик", поскольку в проекте статьи 14 бис (ранее проект статьи 15 (3)) речь идет об исках, предъявляемых перевозчику, в то время как в проекте статьи 15 (4) (ранее проект статьи 15 (5)) речь идет об исках, предъявляемых любому лицу, помимо перевозчика.

b) любого другого лица, включая субподрядчиков, служащих[64] и агентов исполняющей стороны, которое исполняет или обязуется исполнить любые обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, в той степени, в какой это лицо действует прямо или косвенно по просьбе перевозчика или под наблюдением или контролем перевозчика, как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием перевозчика. Перевозчик несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия или бездействие исполняющей стороны или другого лица относятся к сфере его договора, служебных обязанностей или агентских функций.

Статья 15. Ответственность морских[65] исполняющих сторон

1.[66] Морская[67] исполняющая сторона несет обязательства и ответственность, возлагаемые на перевозчика в соответствии с настоящим документом, и пользуется правами и иммунитетами перевозчика, предусмотренными в настоящем документе, если произошло событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку[68], a) на протяжении периода, в течение которого груз находился на ее попечении; и b) в любой другой момент в той степени, в какой она участвует в осуществлении любых мероприятий, предусмотренных договором перевозки.

2. Если перевозчик соглашается взять на себя какие-либо другие обязательства помимо обязательств, возлагаемых на перевозчика в соответствии с настоящим документом, или соглашается, что его ответственность за задержку в сдаче, утрату или повреждение груза или в связи с грузом превысит пределы, установленные в соответствии со статьями 16(2), 24(4) и 18[69], морская[70] исполняющая сторона не несет

---

[64] Как отмечается в пункте 168 документа A/CN.9/544, Рабочая группа согласилась включить слово "служащих", с тем чтобы проект статьи 14 бис соответствовал формулировке в проекте статьи 15(3) (ранее проект статьи 15(4)). Как отмечается далее в пункте 168, в качестве редакционного замечания было отмечено, что, по-видимому, потребуется дополнительно обсудить возможность отдельного рассмотрения вопроса о служащих (за которых заключивший договор перевозчик должен нести широкую ответственность) и о субподрядчиках (в отношении которых ответственность заключившего договор перевозчика может быть несколько более узкой).

[65] Как отмечается в пункте 159 документа A/CN.9/544, слово "морских" было включено в соответствии с решением Рабочей группы о том, что название проекта статьи следует изменить, с тем чтобы отразить ее решение ограничить сферу применения проекта статьи 15 "морскими исполняющими сторонами", как это отмечалось в пункте 23–33 документа A/CN.9/544.

[66] Проект статьи 15(1) основан на варианте A (из документа A/CN.9/WG.III/WP.32) с учетом широкой поддержки, которую получил вариант A, как отмечается в пункте 162 документа A/CN.9/544.

[67] Как отмечается в пункте 161 документа A/CN.9/544, Рабочая группа подтвердила свое понимание того, что проект документа в принципе не должен касаться неморских исполняющих сторон и что сфера охвата пункта 1 должна ограничиваться морскими исполняющими сторонами. Для отражения этого понимания было включено слово "морская".

[68] Как отмечается в пункте 162 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила включить слова "если произошло событие, вызвавшее утрату, повреждение или задержку," до текста пункта (a).

[69] Как отмечается в пункте 165 документа A/CN.9/544, Рабочая группа приняла к сведению предложение, имеющее своей целью ограничить ссылку на проект статьи 18, поскольку было указано, что, хотя ссылка на пункты 1, 3 и 4 проекта статьи 18 является приемлемой, на пункт 2 проекта статьи 18 ссылаться не следует, поскольку исполняющая сторона не несет ответственности в случае нелокализованного ущерба. Рабочая группа решила, что ей, возможно, потребуется провести дальнейшее обсуждение этого вопроса после принятия решения относительно включения пункта 2 проекта статьи 18 в проект документа.

[70] Как отмечается в пункте 163 документа A/CN.9/544, Рабочая группа решила, что сферу охвата пункта 2 следует ограничить морскими исполняющими сторонами.

обязательств в соответствии с таким соглашением, если морская[71] исполняющая сторона прямо не соглашается взять на себя такие обязательства или такие пределы ответственности.

3.[72] С учетом положений пункта 4[73] исполняющая сторона несет ответственность за действия или бездействие любого лица, которому она делегировала исполнение любой обязанности перевозчика в соответствии с договором перевозки, включая ее субподрядчиков, служащих или агентов, как если бы такие действия или бездействие являлись действиями или бездействием исполняющей стороны. Исполняющая сторона несет ответственность в соответствии с настоящим положением только в том случае, если действия ли бездействие соответствующего лица относятся к сфере ее договора, служебных обязанностей или агентских функций[74].

4.[75] Если какому-либо лицу[76], помимо перевозчика, упомянутому в статье 14 бис[77] и пункте 3[78] [, включая служащих или агентов заключившего договор перевозчика или морской исполняющей стороны,][79] предъявляется иск в соответствии с настоящим документом[80], такое лицо имеет право воспользоваться средствами правовой защиты и ограничениями ответственности, которыми может воспользоваться перевозчик в соответствии с настоящим документом, если оно докажет, что оно действовало в пределах своего договора, служебных обязанностей или агентских функций.

---

[71] Там же.

[72] Нумерация этого положения (ранее пункт 4), была изменена после выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[73] Нумерация этого положения (ранее пункт 5), была изменена после выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[74] Как отмечается в пункте 172 документа A/CN.9/544, Рабочая группа подтвердила принятое ею ранее решение о том, что структура этого пункта должна отражать структуру нового проекта статьи 14 бис, и приняла к сведению мнение о целесообразности расширения сферы проекта статьи 15(3) (ранее 15(4)) для охвата как морских, так и неморских исполняющих сторон, с целью продолжить обсуждение на одной из последующих сессий.

[75] Нумерация этого положения (ранее пункт 5), была изменена с учетом выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[76] Как отмечается в пункте 175 документа A/CN.9/544, Секретариату было предложено рассмотреть возможность представления дополнительного варианта, ограничивающего применение этого пункта морской сферой. Это предлагается обеспечить в результате замены слова "лицо" словами "морская исполняющая сторона", как это сделано в пункте 5 (ранее пункт 6). Как отмечается в пункте 176 документа A/CN.9/544, было предложено заменить слово "иск" для его разъяснения словами "любой иск в соответствии с настоящим документом".

[77] Нумерация этого положения (ранее проект статьи 15(3)) была изменена с учетом выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[78] Нумерация этого положения (ранее пункт 4) была изменена с учетом выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[79] Как отмечается в пункте 175 документа A/CN.9/544, Рабочая группа приняла решение о том, что в качестве альтернативы существующему тексту пункта 5, слова "служащие или агенты заключившего договор перевозчика или морской исполняющей стороны" должны быть заключены в квадратные скобки для продолжения обсуждения этого вопроса на одной из последующих сессий. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий упрощенный текст вводной формулировки данного пункта, заканчивающийся словами "такое лицо": "если какой-либо морской исполняющей стороне [, включая ее субподрядчиков, служащих или агентов] предъявляется иск в соответствии с настоящим документом, такое лицо ...".

[80] Как отмечается в пункте 176 документа A/CN.9/544, было предложено заменить слово "иск" для его разъяснения словами "любой иск в соответствии с настоящим документом".

5.[81] Если ответственность за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза несут несколько морских исполняющих сторон[82], их ответственность является солидарной, но только в пределах, предусмотренных в статьях 16, 24 и 18.

6.[83] Без ущерба для положений статьи 19 совокупная ответственность всех таких лиц не превышает общих пределов ответственности в соответствии с настоящим документом"[84].

---

[81] Нумерация этого положения (ранее пункт 6) была изменена с учетом выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[82] Как отмечается в пункте 180 документа A/CN.9/544, Рабочая группа пришла к мнению о необходимости ограничить сферу применения этого пункта морскими исполняющими сторонами, и таким образом слово "лицо" было заменено формулировкой "морская исполняющая сторона". Было предложено продолжить рассмотрение предложения об упрощении текста этого пункта в результате использования формулировки "заключивший договор перевозчик и морская исполняющая сторона несут солидарную ответственность" в контексте обсуждения пункта 6 (ранее пункт 7).

[83] Нумерация этого положения, ранее пункт 7, была изменена с учетом выделения проекта статьи 15(3) в новый проект статьи 14 бис.

[84] Как отмечается в пункте 181 документа A/CN.9/544, из-за отсутствия достаточного времени Рабочая группа не обсудила этот пункт.

H. Рабочий документ о подготовке проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: предложение Китая, представленное Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии

(A/CN.9/WG.III/WP.37) [Подлинный текст на английском/китайском языках]

1. В процессе подготовки к тринадцатой сессии Рабочей группы III (Транспортное право), в ходе которой Рабочая группа, как ожидается, продолжит рассмотрение проекта документа, содержащегося в документе A/CN.9/WG.III/WP.32, правительство Китая представило 29 апреля 2004 года текст предложения, касающегося главы 19 проекта документа и вопросов свободы договора. Текст этого предложения воспроизводится в приложении к настоящей записке в той форме, в какой он был получен Секретариатом.

Приложение. Предложение Китая в отношении главы 19 проекта документа и по вопросу свободы договора

Представленное делегацией Китая (26 апреля 2004 года, Нью–Йорк)

I. Справочная информация

1. В результате развития транспортной индустрии обязательные режимы, установленные в Гаагских правилах, несколько устарели, а применение Гамбургских правил также представляется нежелательным.

2. На практике коммерсанты редко заключают соглашения в письменной форме при линейных перевозках, и подтверждением договора перевозки, как правило, является только коносамент, морская накладная или другие транспортные документы, выдаваемые перевозчиком после получения груза. Поскольку транспортный документ составляется и выдается перевозчиком в одностороннем порядке и относится к категории договоров присоединения, желательно, чтобы в транспортном праве в связи с этим предусматривалось ограничение свободы договора.

3. В то же время транспортное право не должно ограничивать свободу договора в отношении всех видов договоров, заключаемых при линейных перевозках. Общеизвестно, что стороны, заинтересованные в грузе, или стороны, действующие от их имени, в настоящее время во многих случаях могут проводить переговоры с перевозчиками при линейных перевозках на основе принципа равенства, например, в отношении договоров фрахтования или соглашений о морских и линейных перевозках (СМЛП). Поэтому в таких случаях в морском праве не должна по-прежнему исключаться возможность применения принципа свободы договора. Мы приняли к сведению предложение относительно СМЛП, выдвинутое Соединенными Штатами Америки. Тем не менее мы не считаем, что СМЛП могут охватывать все виды договоров, заключаемых в результате свободных переговоров при линейных перевозках; и к тому же существует множество проблем, связанных с определением СМЛП.

4. Кроме того, рейсовый чартер по существу относится к категории договоров морской перевозки грузов. Следует также отметить, что Гаагские правила или Гаагско-Висбийские правила в настоящее время довольно часто включаются в чартер–партии на основе специального соглашения (например, общей оговорки).

Поэтому мы считаем, что сферу применения документа было бы логично расширить для регулирования рейсовых чартеров. Это будет, в частности, содействовать большей унификации права в области морской перевозки грузов, даже несмотря на то, что такой режим будет установлен на неимперативной основе. Аналогичный принцип закрепляется в Кодексе морского судоходства Китая (КМК), глава IV которого озаглавлена "договор морской перевозки грузов" и регулирует не только коносаменты, но также рейсовые чартеры. Положения кодекса являются обязательными в отношении коносаментов или других транспортных документов и необязательными в отношении рейсовых чартеров, за исключением обязательства поддерживать мореходность судна и обязательства не отклоняться от курса. Практический опыт применения положений КМК в течение 10 лет свидетельствует о желательности такого режима.

5. Поэтому основная цель поправок к проекту документа, содержащихся в нашем предложении, заключается в том, чтобы рассматривать применение проекта документа соответственно в двух различных обстоятельствах. Положения документа следует рассматривать в качестве императивных, когда они основаны на концепции "транспортного документа" (включая электронную запись). С другой стороны, такие положения должны быть неимперативными, представляя собой субсидиарные нормы, применительно к новому понятию "соглашения, заключаемого в результате свободных переговоров", которое может охватывать рейсовые чартеры, договоры фрахтования, договоры на массовые грузы, СМЛП и другие аналогичные договоры.

[6. Мы считаем, что было бы целесообразно распространить действие документа на чартер–партии или аналогичные соглашения. Тем не менее, если эта точка зрения не получит широкой поддержки, мы считаем, что в статье 2 документа ("Сфера применения") необходимо предусмотреть следующее: "Настоящий документ применяется только в отношении i) транспортного документа или ii) электронной записи; или iii) любого договора перевозки, заключенного при линейных перевозках. Таким образом, "соглашение, заключенное в результате свободных переговоров", упоминаемое в статье B нашего предложения, будет означать только соглашение, заключенное при линейных перевозках.]

II. Рекомендация и краткое разъяснение

Статья A

A.1. Если в настоящем документе не предусмотрено иное, любое положение транспортного документа или электронной записи является ничтожным, если:

a) оно прямо или косвенно снижает ответственность или освобождает от ответственности, которую перевозчик или морская исполняющая сторона принимают на себя в соответствии с настоящим документом; или

b) оно прямо или косвенно увеличивает ответственность, которую стороны, заинтересованные в грузе, принимают на себя в соответствии с настоящим документом; или

c) оно предусматривает передачу прав страхования груза в пользу перевозчика или исполняющей стороны.

A.2 Стороны, заинтересованные в грузе, упомянутые в предыдущем пункте, включают грузоотправителя, грузоотправителя по договору,

распоряжающуюся сторону, держателя транспортного документа и грузополучателя.

7. В этой статье предусматривается обязательная сфера применения документа, т.е. она ограничивается "транспортным документом" (включая электронную запись), который является основной концепцией в проекте документа. Понятие "транспортный документ" включает коносамент, морскую накладную и т.д. Это – документ, выдаваемый перевозчиком в момент получения груза и свидетельствующий о договоре перевозки.

8. Первоначальный текст статьи 88.2 проекта документа гласит следующее: "Несмотря на пункт 1, перевозчик или исполняющая сторона могут увеличить свою ответственность или обязательства в соответствии с настоящим документом". С учетом нашего предложения это положение становится излишним. Поэтому оно было исключено.

9. Первоначальный текст статьи 89(a) проекта документа также следует исключить. Если перевозчики смогут пользоваться такими освобождениями от ответственности в отношении живых животных на основании положений транспортного документа, то это будет существенно ущемлять права сторон, заинтересованных в грузе. Гамбургские правила также применяются в отношении живых животных, однако содержат специальное положение, в котором предусмотрено исключение ответственности перевозчика, если утрата, повреждение или задержка явились результатом особых рисков, присущих этому виду перевозки (статья 5.5). Кроме того, Гамбургские правила не предусматривают такой свободы договора, как проект документа. Мы считаем, что статья 5.5 Гамбургских правил является в связи с этим более приемлемым положением. Поэтому помимо исключения статьи 89(a) в проект документа следует включить также аналогичное положение, основанное на статье 5.5 Гамбургских правил.

10. Первоначальный текст статьи 89(b) проекта документа касается "специальных грузов", перевозка которых не производится в рамках обычных перевозок. По нашему мнению, это положение следует исключить. В статье 89(b), как представляется, применяется тот же принцип, что и в Гаагских правилах. Следует продолжить рассмотрение вопроса о целесообразности применения подобного подхода в настоящее время. Мы считаем, что проект документа мог бы содержать конкретные положения, касающиеся таких "специальных грузов" в другой главе.

Статья B

B.1. С учетом положений статьи C, если соглашение, касающееся перевозки груза, заключается в результате свободных переговоров, положения настоящего документа применяются только в отсутствие соответствующих положений или в отсутствие положений, отличающихся от положений документа в соглашении. Тем не менее положения, содержащиеся в таком соглашении, не имеют обязательной юридической силы для третьих сторон.

B.2. Соглашение, упомянутое в предыдущем пункте, заключается в письменной форме, но не в форме транспортного документа. Телеграммы, телексы, телефаксы, электронный обмен данными и электронная почта имеют силу письменного документа.

B.3. [Любое действительное соглашение в письменной форме (помимо транспортного документа), касающееся перевозки груза, считается соглашением, заключенным в результате свободных переговоров. Тем не менее упомянутые в статье A стороны, заинтересованные в грузе, имеют право доказывать, что оно является соглашением, которое заблаговременно

сформулировано перевозчиком и положения которого не разрешается изменять в результате переговоров о его заключении.]

B.4. [Если какое-либо соглашение, касающееся перевозки грузов, не отвечает требованиям, упомянутым в пункте 1 и пункте 2 настоящей статьи, обстоятельства, указанные в статье A, в результате которых положения являются ничтожными, применяются также в отношение этого соглашения.]

11. Эта статья предназначена для применения в отношение рейсовых чартеров, договоров фрахтования, договоров на массовые грузы, СМЛП и других соглашений, заключаемых в результате свободных переговоров. Поскольку в результате этой статьи расширяется сфера применения проекта документа, статьи 2.3, 2.4 и 2.5 проекта документа следует исключить.

12. Формулировка "заключенное в результате свободных переговоров" используется для того, чтобы подчеркнуть, что соглашение, упомянутое в данной статье, не является договором присоединения. Эта формулировка четко указывает на основные особенности такого рода договора, т.е. на то, что договор заключен на основе свободных и равноправных переговоров. В соответствии с принципом свободы договора положения проекта документа применяются не на императивной основе, а в качестве субсидиарных норм.

13. С точки зрения законодательных методов формулировка "соглашения, заключенные в результате свободных переговоров" позволяет избежать необходимости определения рейсовых чартеров, договоров на массовые грузы, договоров фрахтования, СМЛП и аналогичных договоров, а также решить проблему идентификации таких договоров. Мы считаем, что такие виды договоров очень трудно или практически невозможно определить. При использовании наименований таких договоров возникает путаница, а также не существует единства мнений по вопросу о том, являются ли они договорами перевозки или чартер–партиями. Кроме того, в будущем могут появиться новые виды договоров, если коммерческая практика будет быстро изменяться.

14. Пункт 3 данной статьи предназначен для того, чтобы обеспечить при определенных обстоятельствах средства защиты сторонам, заинтересованным в грузе, особенно в отношении некоторых мелких владельцев груза.

Статья C

Любое положение, прямо или косвенно снижающее ответственность или освобождающее от ответственности перевозчика или морскую исполняющую сторону в упомянутом в статье B соглашении, заключенном в результате свободных переговоров, является ничтожным, если такая ответственность возникает в результате:

a) нарушения обязательства, предусмотренного в статье 13.1; или

b) отклонения от курса;[или

c) действия или бездействия перевозчика или исполняющей стороны, совершенных с намерением причинить ущерб, повреждение или задержку в сдаче груза или вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки.]

15. Эта статья призвана установить необходимые пределы свободы договора, предусмотренной в статье B.

16. Первое ограничение устанавливается в отношении обязательства, касающегося мореходности судна. Это означает, что не следует уменьшать обязательство в отношении поддержания мореходности судна или же освобождать от такого обязательства, поскольку это обязательство имеет

преимущественную силу. При подготовке проекта положения мы использовали положения Кодекса морского судоходства Китая, касающиеся рейсовых чартеров, для которых положения об обязанности поддерживать мореходность судна носят императивный характер.

17. Тем не менее, если обязательство поддерживать мореходность судна будет решено распространить на весь рейс (в настоящее время слова "и в ходе" заключены в квадратные скобки), то при разработке соответствующего положения следует тщательно рассмотреть вопрос о том, каким образом сбалансировать интересы судовладельцев и сторон, заинтересованных в грузе. Постоянное и императивное обязательство поддерживать мореходность судна может налагать тяжелое бремя на судовладельцев в соответствии с соглашениями, заключаемыми в результате свободных переговоров. Кроме того, с учетом принципа свободы договора мы считаем, что в отношении соглашений, заключаемых в результате свободных переговоров, право должно предусматривать лишь минимальные ограничения, обусловленные исключительно соображениями публичной политики. В связи с этим можно сделать предварительный вывод о том, что в проекте документа следует предусмотреть, что обязательство проявлять до и в начале рейса надлежащую осмотрительность в целях обеспечения мореходности судна носит императивный характер, однако такое обязательство в ходе рейса не является императивным, т.е. две стороны могут на свободной основе согласовать положения, касающиеся обязательства поддерживать мореходность судна в течение рейса. Мы считаем, что такой подход может содействовать установлению нового баланса интересов судовладельцев и сторон, заинтересованных в грузе.

18. Мы считаем, что положения проекта документа не должны разрешать перевозчику уменьшать ответственность или освобождаться от ответственности, возникающей в результате отклонения от курса, несмотря на то, что соглашение заключено в результате свободных переговоров. При подготовке соответствующего положения мы также основывались на положениях КМК, касающихся рейсовых чартеров.

19. Кроме того, мы считаем, что договор не должен освобождать от ответственности, возникающей в результате преднамеренных действий или грубой небрежности, исходя из принципа справедливости. Так, например, статья 53 закона о праве договоров Китая предусматривает следующее: "*Содержащиеся в договоре положения об освобождении от ответственности являются ничтожными в случае 1) нанесения физического ущерба другой стороне или 2) причинения ущерба имуществу другой стороны в результате преднамеренных действий или грубой небрежности*. Мы отдаем предпочтение включению в документ аналогичных положений для ограничения свободы договора. Для обеспечения согласованности текста проекта документа мы не используем термин "преднамеренные действия или грубая небрежность" и считаем, что вместо этого в данном случае можно было бы использовать слова "с намерением причинить ущерб, повреждение или задержку в сдаче груза или вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки", которые уже используются в проекте документа. Мы считаем, что эти слова аналогичны по смыслу термину "намерение или грубая небрежность".

IV. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

A. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок второй сессии (Вена, 17-21 ноября 2003 года)

(A/CN.9/546) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–24
II.	Организация работы сессии	25–30
III.	Краткое изложение обсуждений и решений	31–32
IV.	Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции	33–135
	Общие замечания	33–38
	Статья 8 [10]. Признание юридической силы сообщений данных	39–45
	Статья 9 [14]. Требования в отношении формы	46–58
	Статья 10 [11]. Время и место отправления и получения сообщений данных	59–86
	Статья 11 [15]. Общая информация, подлежащая представлению сторонами	87–105
	Статья 12 [9]. Предложения представлять оферты	106–116
	Статья 13 [8]. Использование сообщений данных при заключении договоров	117–121
	Статья 14 [12]. Использование автоматизированных информационных систем для заключения договоров	122–129
	Статья 15 [16]. Доступность договорных условий	130–135

I. Введение

1. На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) провела предварительный обмен мнениями относительно будущей работы в области электронной торговли. В качестве возможных областей, в которых работа Комиссии была бы желательна и реально осуществима, были названы три темы: электронное заключение договоров, рассматриваемых через призму Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров[1] ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже"); урегулирование споров в режиме онлайн; и дематериализация товарораспорядительных документов, особенно в области транспорта.

2. Комиссия одобрила предложение дополнительно изучить желательность и реальную осуществимость будущей работы по этим темам. Комиссия в целом согласилась с тем, что после завершения подготовки Типового закона об электронных подписях Рабочая группа должна будет рассмотреть на своей тридцать восьмой сессии некоторые или все вышеназванные темы, а также любые дополнительные темы, с тем чтобы подготовить более конкретные предложения относительно будущей работы Комиссии для ее тридцать четвертой сессии в 2001 году. Было решено, что будущая работа Рабочей группы

[1] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567.

могла бы включать параллельное рассмотрение нескольких тем и предварительное обсуждение содержания возможных единообразных норм по некоторым аспектам вышеназванных тем[2]. Рабочая группа рассмотрела эти предложения на своей тридцать восьмой сессии на основе ряда записок, касающихся разработки возможной конвенции об устранении препятствий развитию электронной торговли, содержащихся в существующих международных конвенциях (A/CN.9/WG.IV/WP.89), дематериализации товарораспорядительных документов (A/CN.9/WG.IV/WP.90) и электронного заключения договоров (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

3. Рабочая группа провела обстоятельное обсуждение вопросов, связанных с электронным заключением договоров (см. A/CN.9/484, пункты 94–127). Группа завершила свое обсуждение по вопросу о будущей работе, рекомендовав Комиссии в первоочередном порядке приступить к работе по подготовке международного документа, регулирующего некоторые вопросы электронного заключения договоров. В то же время было принято решение рекомендовать Комиссии поручить Секретариату подготовку необходимых исследований по следующим трем другим темам, рассмотренным Рабочей группой: a) всесторонний анализ возможных правовых препятствий на пути развития электронной торговли, существующих в международных документах; b) дальнейшее изучение вопросов, связанных с передачей прав, в частности прав в материальных товарах, электронными средствами, а также с механизмами, предназначенными для опубликования и регистрации актов передачи таких товаров или создания обеспечительных интересов в них; и c) исследование Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[3], а также Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ[4] на предмет оценки их пригодности для удовлетворения конкретных потребностей арбитража в режиме онлайн (см. A/CN.9/484, пункт 134).

4. На тридцать четвертой сессии Комиссии в 2001 году рекомендации Рабочей группы получили широкую поддержку, и было сочтено, что они представляют собой хорошую основу для будущей работы Комиссии. Вместе с тем возникли разногласия в том, что касается относительной приоритетности, которую следует предоставить различным темам. Согласно одному из мнений, проект, направленный на устранение препятствий электронной торговле, содержащихся в существующих документах, должен обладать приоритетом по сравнению с другими темами, в частности, по сравнению с подготовкой нового международного документа, касающегося электронного заключения договоров. Было указано, что ссылки на "письменную форму", "подпись", "документ" и другие аналогичные положения, содержащиеся в существующих конвенциях, унифицирующих правовое регулирование, и торговых соглашениях, уже породили правовые препятствия и привели к возникновению неопределенности в международных сделках, заключаемых с помощью электронных средств. Принятие мер по устранению этих препятствий необходимо осуществить в самом первоочередном порядке при уделении пристального внимания, и поэтому вопросам электронного заключения договоров придавать большей приоритетности не следует.

5. Однако возобладало мнение в поддержку той очередности, которая была рекомендована Рабочей группой. В этой связи было подчеркнуто, что подготовка международного документа, касающегося вопросов электронного заключения договоров, и рассмотрение соответствующих способов устранения препятствий на пути электронной торговли, содержащихся в соответствующих конвенциях,

---

[2] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 384–388.

[3] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.18.

[4] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.77.V.6.

унифицирующих правовое регулирование, и торговых соглашениях, не являются взаимоисключающими. Комиссии было напомнено о том, что на ее тридцать третьей сессии было достигнуто понимание, согласно которому работа, которая должна быть проведена Рабочей группой, может предусматривать параллельное рассмотрение нескольких тем, а также предварительное обсуждение содержания возможных единообразных правил, касающихся некоторых аспектов вышеупомянутых тем[5].

6. Были также высказаны различные мнения в отношении рамок будущей работы по вопросу об электронном составлении договоров, а также о соответствующих сроках начала такой работы. Согласно одному из мнений, эта работа должна ограничиваться договорами купли–продажи материальных товаров. Противоположная точка зрения, которая возобладала в ходе обсуждения этого вопроса в Комиссии, заключалась в том, что Рабочей группе по электронной торговле следует предоставить широкие полномочия для рассмотрения вопросов электронного заключения договоров, не ограничивая с самого начала рамок этой работы. Вместе с тем при этом подразумевалось, что Рабочей группе не следует заниматься рассмотрением потребительских сделок и договоров, предусматривающих ограниченное использование прав интеллектуальной собственности. Комиссия приняла к сведению предварительную рабочую посылку Рабочей группы в отношении того, что формой документа, который должен быть подготовлен, может быть отдельная конвенция, широко охватывающая вопросы заключения договоров в электронной торговле (см. A/CN.9/484, пункт 124), и что при этом следует избегать любого негативного вмешательства в сложившийся режим Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже (см. A/CN.9/484, пункт 95), а также излишнего вмешательства в действие норм права, касающихся заключения договора в целом. Широкую поддержку получило высказанное в ходе тридцать восьмой сессии Рабочей группы предложение о том, что режим сделок купли–продажи, осуществляемых через Интернет, должен как можно меньше отличаться от режима сделок купли–продажи, осуществляемых с помощью более традиционных средств (см. A/CN.9/484, пункт 102).

7. Что касается сроков начала работы, которая должна быть проведена Рабочей группой, то была выражена поддержка предложения о безотлагательном начале рассмотрения будущей работы в третьем квартале 2001 года. Вместе с тем были выражены аргументированные мнения о том, что Рабочей группе лучше было бы дождаться первого квартала 2002 года, с тем чтобы государства имели достаточно времени для проведения внутренних консультаций. Комиссия приняла это предложение и постановила провести первое совещание Рабочей группы по вопросам электронного заключения договоров в первом квартале 2002 года[6].

8. На своей тридцать девятой сессии Рабочая группа рассмотрела записку Секретариата по отдельным аспектам электронного заключения договоров, в которой содержался "Предварительный проект конвенции о [международных] договорах, заключенных или подтвержденных с помощью сообщений данных" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I). Рабочая группа рассмотрела также записку Секретариата, препровождающую замечания, подготовленные специальной группой экспертов, учрежденной Международной торговой палатой для рассмотрения вопросов, поднятых в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95, и содержащие проекты положений, изложенные в приложении I (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

---

[5] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 293.

[6] Там же, пункт 295.

9. Рабочая группа приступила к работе по рассмотрению формы и сферы действия предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/509, пункты 18–40). Рабочая группа приняла решение отложить обсуждение исключений из проекта конвенции до тех пор, пока она не рассмотрит положения, касающиеся местонахождения сторон и заключения договоров. В частности, Рабочая группа приняла решение начать свою работу с рассмотрения в первую очередь статей 7 и 14, которые касаются вопросов, связанных с местонахождением сторон (см. A/CN.9/509, пункты 41–65). После завершения первоначального рассмотрения этих положений Рабочая группа приступила к рассмотрению положений статей 8–13, касающихся заключения договоров (см. A/CN.9/509, пункты 66–121). Рабочая группа завершила свою работу над проектом конвенции обсуждением проекта статьи 15 (см. A/CN.9/509, пункты 122–125). Рабочая группа приняла решение рассмотреть статьи 2–4, касающиеся сферы применения проекта конвенции, и статьи 5 (Определения) и 6 (Толкование) на своей сороковой сессии. Рабочая группа просила Секретариат подготовить на основе этих обсуждений и решений пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции для рассмотрения Рабочей группой на ее сороковой сессии.

10. На своей сороковой сессии Рабочая группа была также проинформирована о ходе работы Секретариата в связи с анализом возможных юридических препятствий развитию электронной торговли в существующих международных документах, касающихся международной торговли. Рабочей группе было сообщено о том, что Секретариат приступил к этой работе с выявления и анализа связанных с международной торговлей документов из большого количества многосторонних договоров, переданных на хранение Генеральному секретарю. Секретариат выявил 33 договора, которые могут иметь отношение к этому анализу, и изучил возможные вопросы, которые могут возникнуть в результате использования электронных средств связи на основании этих договоров. Предварительные выводы Секретариатом в отношении этих договоров излагаются в записке Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.94), которая была представлена Рабочей группе на ее тридцать девятой сессии в марте 2002 года.

11. Рабочая группа приняла к сведению результаты, достигнутые Секретариатом в связи с проведением анализа, однако из-за нехватки времени не смогла рассмотреть предварительные выводы этого исследования. Рабочая группа просила Секретариат запросить мнения государств–членов и государств–наблюдателей в отношении этого анализа и содержащихся в нем предварительных выводов и подготовить для рассмотрения Рабочей группой на более позднем этапе доклад, содержащий такие замечания. Рабочая группа приняла к сведению заявление, в котором подчеркивалось важное значение обеспечения того, чтобы проводимый Секретариатом анализ охватывал внешнеторговые документы, действующие в различных географических регионах, представленных в составе Комиссии. В этой связи Рабочая группа просила Секретариат запросить мнения других международных организаций, в том числе организаций системы Организации Объединенных Наций и других межправительственных организаций, о том, существуют ли документы по международной торговле, в отношении которых эти организации или их государства–члены выступают в качестве депозитариев и которые эти организации хотели бы включить в анализ, проводимый Секретариатом.

12. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы о работе ее тридцать девятой сессии. Комиссия с удовлетворением отметила, что Рабочая группа приступила к изучению возможного международного документа, регулирующего некоторые вопросы, связанные с электронным заключением договоров. Комиссия вновь выразила мнение о том, что международный документ, регулирующий некоторые вопросы, связанные с электронным заключением договоров, может явиться полезным

вкладом в дело содействия использованию современных средств связи в трансграничных коммерческих сделках. Комиссия выразила благодарность Рабочей группе за прогресс, достигнутый в этой области. В то же время Комиссия приняла также к сведению различные мнения, которые были высказаны в Рабочей группе в отношении формы и сферы применения этого документа, его основополагающих принципов и некоторых основных особенностей. Комиссия отметила, в частности, предложение о том, что Рабочей группе в ходе рассмотрения следует не ограничиваться лишь электронными договорами, а проанализировать также и коммерческие договоры в целом независимо от того, какие средства использовались при их заключении. По мнению Комиссии, государствам–членам и государствам–наблюдателям, участвующим в обсуждениях Рабочей группы, следует предоставить достаточно времени для проведения консультаций по этим важным вопросам. Комиссия выразила мнение о том, что для этой цели Рабочей группе следовало бы отложить обсуждение вопроса о возможном международном документе, регулирующем некоторые вопросы, связанные с электронным заключением договоров, до ее сорок первой сессии (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года)[7].

13. Что касается рассмотрения Рабочей группой возможных правовых препятствий на пути развития электронной торговли, содержащихся в международных внешнеторговых документах, то Комиссия подтвердила свою поддержку усилий Рабочей группы и Секретариата, прилагаемых в этом направлении. Комиссия просила Рабочую группу посвятить большую часть времени в ходе ее сороковой сессии в октябре 2002 года предметному обсуждению различных вопросов, которые были затронуты в первоначальном анализе Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.94)[8].

14. На своей сороковой сессии (Вена, 14–18 октября 2002 года), Рабочая группа рассмотрела содержащийся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.94 анализ возможных правовых препятствий на пути электронной торговли. Рабочая группа в целом согласилась с результатами этого анализа и одобрила рекомендации, внесенные Секретариатом (см. A/CN.9/527, пункты 24–71). Рабочая группа приняла решение рекомендовать Секретариату рассмотреть предложения в отношении того, чтобы охватить этим исследованием возможные препятствия на пути электронной торговли, содержащиеся в дополнительных документах, которые было предложено включить в анализ другими организациями, и обсудить с этими организациями порядок проведения необходимых исследований с учетом возможных трудностей, которые приходится испытывать Секретариату в связи с его нынешним объемом работы. Рабочая группа предложила государствам–членам оказать Секретариату помощь в выполнении этой задачи посредством выявления соответствующих экспертов или источников информации в различных специальных областях, охваченных соответствующими международными документами.

15. Рабочая группа использовала оставшееся в ходе ее сороковой сессии время для возобновления своей работы над предварительным проектом конвенции и начала эту работу с общего обсуждения сферы действия предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/527, пункты 72–81). Рабочая группа приступила к рассмотрению статей 2–4, касающихся сферы применения проекта конвенции, и статей 5 (Определения) и 6 (Толкование) (см. A/CN.9/527, пункты 82–126). Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный текст предварительного проекта конвенции для рассмотрения его на своей сорок первой сессии.

---

[7] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 206.

[8] Там же, пункт 207.

16. На своей сорок первой сессии (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года) Рабочая группа возобновила свою работу над предварительным проектом конвенции с проведения общего обсуждения по вопросу о цели и характере предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/528, пункты 28–31). Рабочая группа отметила, что специальная группа, учрежденная Международной торговой палатой, представила комментарии по вопросам, связанным со сферой применения и целью проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.101, приложение). Рабочая группа в целом приветствовала работу, проводимую представителями частного сектора, например в Международной торговой палате, и сочла, что она полезно дополняет осуществляемую ею работу по подготовке международной конвенции.

17. Рабочая группа рассмотрела статьи 1–11 пересмотренного предварительного проекта конвенции, содержащегося в записке Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.100, приложение I). Решения и обсуждения Рабочей группы в отношении проекта конвенции отражены в главе IV доклада о работе ее сорок первой сессии (см. A/CN.9/528, пункты 26–151). Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции на основе этих обсуждений и решений для рассмотрения Рабочей группой на ее сорок второй сессии (Вена, 17–21 ноября 2003 года).

18. В соответствии с решением, принятым на ее сороковой сессии (см. A/CN.9/527, пункт 93), Рабочая группа провела также предварительное обсуждение вопроса об исключении прав интеллектуальной собственности из сферы действия проекта конвенции (см. A/CN.9/528, пункты 55–60). Рабочая группа решила, что следует предложить Секретариату запросить конкретные рекомендации соответствующих международных организаций, например Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) и Всемирной торговой организации, по вопросу о том, может ли, по мнению этих организаций, включение договоров, касающихся лицензирования прав интеллектуальной собственности, в сферу действия проекта конвенции, с тем чтобы прямо признать использование сообщений данных в контексте таких договоров, иметь отрицательные последствия для действующих норм в отношении защиты прав интеллектуальной собственности. Было решено, что решение вопроса о необходимости такого исключения будет в конечном счете зависеть от существенной сферы применения конвенции.

19. Рабочая группа обменялась также мнениями по вопросу о связи между проектом конвенции и деятельностью Рабочей группы по устранению возможных юридических препятствий электронной торговле в существующих международных документах, касающихся международной торговли, в контексте своего предварительного обсуждения проекта статьи X, который Рабочая группа решила сохранить по существу для будущего рассмотрения.

20. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее сороковой (Вена, 14–18 октября 2002 года) и сорок первой (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года) сессий (A/CN.9/527 и A/CN.9/528, соответственно).

21. Комиссия отметила прогресс, достигнутый Секретариатом в связи с обзором возможных правовых препятствий на пути развития электронной торговли, содержащихся в международных документах, касающихся международной торговли. Комиссия вновь заявила о важности этого проекта и подтвердила свою поддержку усилиям Рабочей группы и Секретариата в этой области. Комиссия отметила, что Рабочая группа рекомендовала Секретариату распространить проводимое исследование на анализ возможных препятствий на пути электронной торговли, содержащихся в дополнительных документах, которые было предложено включить в обзор другими организациями, и обсудить с этими организациями порядок проведения необходимых исследований с

учетом возможных трудностей, которые приходится испытывать Секретариату в связи с его нынешним объемом работы. Комиссия призвала государства–члены оказать Секретариату помощь в выполнении этой задачи посредством выявления соответствующих экспертов или источников информации в различных специальных областях, охваченных соответствующими международными документами[9].

22. Комиссия с удовлетворением отметила далее, что Рабочая группа продолжила рассмотрение предварительного проекта конвенции, регулирующего отдельные вопросы, связанные с электронным заключением договоров, и вновь выразила мнение о том, что международный документ, регулирующий отдельные вопросы, связанные с электронным заключением договоров, станет полезным вкладом в дело содействия использованию современных средств связи в трансграничных коммерческих сделках. Комиссия отметила, что до сих пор Рабочая группа исходила из рабочей предпосылки, состоящей в том, что этот документ будет принят в форме международной конвенции, что, однако, не исключает выбора другой формы этого документа на более позднем этапе обсуждений в Рабочей группе[10].

23. Комиссия была проинформирована о том, что Рабочая группа провела обмен мнениями по вопросу о связи между предварительным проектом конвенции и деятельностью Рабочей группы по устранению возможных юридических препятствий электронной торговле в существующих международных документах, касающихся международной торговли, в контексте предварительного рассмотрения проекта статьи X, который Рабочая группа решила сохранить для будущего обсуждения (см. A/CN.9/528, пункт 25). Комиссия выразила поддержку усилиям Рабочей группы по проведению работы в обоих направлениях одновременно[11].

24. Комиссия была проинформирована о том, что на своей сорок первой сессии Рабочая группа провела предварительное обсуждение вопроса об исключении прав интеллектуальной собственности из сферы действия проекта конвенции (см. A/CN.9/528, пункты 55–60). Комиссия отметила достигнутое в Рабочей группе понимание, что ее работа не должна быть направлена на создание материально–правовых рамок регулирования сделок, связанных с "виртуальными товарами", и что в сферу ее ведения также не входит вопрос о том, охватываются ли – и должны ли охватываться – "виртуальные товары" Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле–продаже и в какой степени они должны или не должны ею охватываться. Стоящий перед Рабочей группой вопрос заключался в том, могут ли – и в какой степени могут –решения применительно к электронному заключению договоров, рассматриваемые в контексте предварительного проекта конвенции, применяться также к сделкам, связанным с лицензированием прав интеллектуальной собственности, и к аналогичным договоренностям. К Секретариату была обращена просьба запросить мнения других международных организаций по этому вопросу, в частности Всемирной организации интеллектуальной собственности[12].

II. Организация работы сессии

25. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою сорок вторую сессию в Вене 17–21 ноября 2003 года. На сессии присутствовали представители следующих

---

[9] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 211.
[10] Там же, пункт 212.
[11] Там же, пункт 213.
[12] Там же, пункт 214.

государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Венгрии, Германии, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Марокко, Мексики, Российской Федерации, Сингапура, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Уганды, Уругвая, Франции и Японии.

26. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Аргентины, Бахрейна, Бельгии, Венесуэлы, Дании, Индонезии, Ирландии, Йемена, Катара, Коста-Рики, Ливийской Арабской Джамахирии, Нигерии, Новой Зеландии, Польши, Республики Корея, Сербии и Черногории, Тринидада и Тобаго, Турции, Филиппин, Финляндии, Чешской Республики, Швейцарии и Шри-Ланки.

27. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Экономическая комиссия для Африки, Всемирный банк и Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры; b) межправительственные организации: Азиатский клиринговый союз, Европейский союз и Гаагская конференция по международному частному праву; c) неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов, Центр международных исследований в области права, Международная ассоциация адвокатов и Международная торговая палата.

28. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: Джеффри ЧАН Вах Тек (Сингапур)

Докладчик: Лихия Клаудиа Гонсалес Лосано (Мексика).

29. На рассмотрении Рабочей группы находился новый пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции, в котором отражены результаты обсуждений, проведенных Рабочей группой на ее сорок первой сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.103, приложение). В распоряжении Рабочей группы имелись также документы, содержащие обобщение результатов исследований, проведенных Секретариатом, по некоторым из основных вопросов, которые обсуждались Рабочей группой в связи с подготовкой проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.104 и Add.1–4), а также замечания по проекту конвенции, полученные от специальной группы, созданной Международной торговой палатой (A/CN.9/WG.IV/WP.105), и от ВОИС (A/CN.9/WG.IV/WP.106).

30. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

III. Краткое изложение обсуждений и решений

31. Рабочая группа возобновила свою работу над предварительным проектом конвенции с проведения общего обсуждения по вопросу о сфере применения предварительного проекта конвенции (см. пункты 33–38 ниже).

32. Рабочая группа рассмотрела статьи 8–15 пересмотренного предварительного проекта конвенции, содержащегося в приложении к записке

Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Решения и обсуждения Рабочей группы в отношении проекта конвенции отражены в главе IV ниже.

IV. Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции

Общие замечания

33. Рабочая группа начала свои обсуждения с проведения общего обмена мнениями относительно цели и сферы действия предварительного проекта конвенции.

34. Рабочая группа отметила, что текст предварительного проекта конвенции был существенно пересмотрен, а его структура была изменена, с тем чтобы отразить обсуждения, состоявшиеся на сорок первой сессии Рабочей группы (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года). Рабочей группе было напомнено, что, когда она впервые обсуждала возможность проведения дальнейшей работы в области электронной торговли после принятия Типового закона об электронных подписях, она рассмотрела, среди прочих предложений, тему, которая была широко охарактеризована как "электронное заключение договоров", а также меры, которые могут потребоваться для ликвидации возможных юридических препятствий электронной торговле, создаваемых действующими международными конвенциями. После рассмотрения первоначального проекта предварительного проекта конвенции на своей тридцать девятой сессии (см. A/CN.9/509, пункты 18–125), а также подготовленного Секретариатом исследования о возможных юридических препятствиях развитию электронной торговли в действующих международных конвенциях на своей сороковой сессии (см. A/CN.9/527, пункты 24–71) Рабочая группа приняла решение о том, что ей следует предпринять попытку для выявления общих элементов, относящихся к устранению юридических препятствий развитию электронной торговли в существующих документах и к возможной международной конвенции об электронном заключении договоров (см. A/CN.9/527, пункт 30). Рабочая группа подтвердила свое мнение о том, что оба этих проекта следует, по возможности, осуществлять одновременно, и это рабочее предположение отражено в нынешнем тексте предварительного проекта конвенции.

35. Рабочей группе было напомнено об обеспокоенности, выраженной на ее тридцать девятой сессии относительно опасности установления двух режимов применительно к заключению договоров: унифицированного режима для электронных договоров согласно новому документу и иного, не единообразного режима для заключения договоров с помощью других средств, за исключением весьма немногочисленных видов договоров, которые в настоящее время уже регулируются унифицированными правовыми нормами, таких, как договоры купли–продажи, подпадающие под действие Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

36. Рабочая группа отметила, что Международная торговая палата учредила целевую группу для подготовки договорных правил и руководства по правовым вопросам, касающимся электронной торговли, которые в предварительном порядке названы "E–термс 2004". Рабочая группа была проинформирована о том, что, как ожидается, в результате этой работы будет подготовлен носящий прагматический характер документ, который будет отражать практические проблемы и решения и учитывать различные потребности крупных и мелких компаний. По своей природе E–термс 2004 будет добровольным документом, не вступающим в коллизию с принципом автономии сторон. Было указано, что сфера охвата E–термс 2004 основывается на тщательной оценке практики и потребностей компаний различных секторов и размеров. В основе проводимой

работы лежит уверенность в том, что подготовка международного документа, возможно, является нелучшим способом решения ряда проблем, связанных с электронной торговлей, при том, что юридическая определенность в сфере электронного заключения договоров могла бы быть обеспечена за счет предоставления в распоряжение пользователей свода добровольных правил, типовых оговорок и руководящих принципов. Преимущество такого подхода состояло бы в его гибкости, поскольку деловые круги смогут использовать соответствующие наборы стандартов и типовых положений, в которые в случае необходимости могут быть легко внесены изменения.

37. Рабочая группа приветствовала проводимую Международной торговой палатой работу, которая, как было сочтено, полезно дополняет деятельность Рабочей группы в связи с подготовкой международной конвенции. Рабочая группа высказала мнение о том, что эти два направления работы не являются взаимоисключающими, особенно с учетом того, что в проекте конвенции регулируются требования, которые обычно встречаются в законодательстве, и что юридические препятствия, являющиеся статутными по своей природе, не могут быть преодолены с помощью договорных положений или необязательных стандартов. Рабочая группа выразила свою признательность Международной торговой палате за заинтересованность в проведении своей работы в сотрудничестве с ЮНСИТРАЛ и подтвердила свою готовность представить замечания по проектам, которые подготовит Международная торговая палата.

38. Что касается организации работы на нынешней сессии, то Рабочая группа пришла к согласию с тем, что ей следует в первую очередь сконцентрировать свое внимание на вопросах, являющихся общими для ее усилий как по ликвидации юридических препятствий в существующих документах, так и по разработке более широких юридических рамок для электронного заключения договоров, которые содержатся в главе III предварительного проекта конвенции.

Статья 8 [10]. Признание юридической силы сообщений данных

39. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

> "1. Любое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают направить [в связи с заключенным или планируемым договором] [в контексте заключения или исполнения договора] [, включая оферту или акцепт оферты] могут производиться с помощью сообщений данных и не могут быть лишены действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовались сообщения данных.
>
> [2. Ничто в настоящей Конвенции не требует от какого-либо лица использовать или принимать информацию в форме сообщений данных, однако согласие на это такого лица может быть выведено из его поведения.
>
> [3. [Положения настоящей статьи не применяются к следующему…] [Положения настоящей статьи не применяются к тем вопросам, которые были указаны Договаривающимся государством согласно заявлению, сделанному в соответствии со статьей X].]"

40. В порядке общего замечания было указано, что с точки зрения своей сферы действия проект статьи 8 одновременно является как амбициозным, так и скромным. Амбициозным он является потому, что порядок, предусматривающий, что связанные с договорами сообщения могут производиться с помощью сообщений данных, создает, как представляется, позитивную уполномочивающую норму, выходящую за рамки принципа функциональной эквивалентности. Означает ли это, например, что сообщения

данных будут всегда являться юридически действительными в договорном контексте, даже несмотря на то, что одна из сторон может не ожидать или даже не желать использования сообщений данных? В то же время было, однако, указано, что данный проект статьи является скромным с точки зрения его сферы применения, поскольку последняя формулировка пункта 1 ограничивается повторением принципа недискриминации сообщений данных, который был закреплен в статье 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13]. Был задан вопрос о том, не будет ли более полезным сделать еще один шаг вперед и предусмотреть общий позитивный критерий для действительности сообщений данных.

41. Рабочая группа согласилась с тем, что впечатления, будто бы в данном проекте статьи устанавливается материально–правовая норма относительно действительности сообщений данных, создавать не следует. С этой целью была выражена общая поддержка изменению формулировки пункта 1 таким образом, чтобы более четко подчеркнуть его функцию в качестве правила недискриминации. Один из возможных путей достижения этого результата мог бы заключаться в замене слов "любое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба [...] могут производиться с помощью сообщений данных", например, следующей формулировкой: "когда сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба производятся с помощью сообщений данных". В то же время в Рабочей группе возобладало мнение о том, что в целом этот пункт следует сохранить в качестве правила недискриминации и что попытки предусмотреть условия для юридической действительности сообщений данных предпринимать не следует. Электронная торговля связана с использованием различных видов сообщений и технологий, и попытка сформулировать правила или критерии для их действительности была бы нецелесообразной. Для тех случаев, когда законодательство устанавливает формальные требования, в проекте статьи 9 уже предусматриваются критерии функциональной эквивалентности.

42. Что касается различных альтернативных формулировок, приведенных в квадратных скобках, то общее предпочтение было отдано сохранению ссылки на "заключенный или планируемый договор", хотя поддержка была также выражена и альтернативной ссылке на "заключение или исполнение договора", которая, по мнению некоторых выступавших, носит более технический характер. Что касается следующей заключенной в квадратные скобки формулировки, то Рабочая группа в целом согласилась с сохранением в тексте ссылки на "оферту и акцепт". Рабочая группа отметила, однако, что включение этой формулировки в проект статьи 8 может сделать пункт 1 проекта статьи 13 излишним, и постановила, что ей, возможно, потребуется вернуться к этому решению после завершения рассмотрения проекта статьи 13 (см. пункты 117–121 ниже).

43. Рабочая группа отметила, что цель проекта пункта 2 заключается в закреплении принципа, состоящего в том, что стороны не должны принуждаться к согласию с договорными офертами или актами акцепта с помощью электронных средств, если они того не желают (см. A/CN.9/527, пункт 108). В то же время, поскольку это положение не направлено на то, чтобы потребовать от сторон всегда соглашаться в предварительном порядке об использовании сообщений данных, во второй части данного проекта пункта предусматривается, что согласие стороны может быть выведено из ее поведения. Включению положения, аналогичного проекту пункта 2, была выражена решительная поддержка в Рабочей группе. В этой связи был задан вопрос о том, будет ли согласно данному проекту статьи лицо, предлагающее товары или услуги в письме или в опубликованном рекламном объявлении, обязано принять ответ, направленный с помощью сообщений данных. В ответ было указано, что данный

[13] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4.

проект никоим образом не затрагивает порядок, в котором обмен сообщений между сторонами регулируется в применимом праве. В тех случаях, когда законодательство не предусматривает формальных требований, устный ответ на письменную оферту может, предположительно, представлять собой юридически действительный ответ, во многом таким же образом, как и сообщение данных согласно данному проекту статьи. Применительно к тем случаям, когда требования к форме существуют, в данном проекте статьи закрепляется принципиальный законодательный подход, направленный на обеспечение эквивалентности между сообщениями данных и письменными сообщениями на бумаге. В то же время было высказано мнение о том, что вторую часть этого проекта пункта следует исключить, поскольку слово "согласие" может быть неверно истолковано как означающее согласие в контексте основной сделки. Рабочая группа предпочла, однако, сохранить весь проект пункта при условии изменения второго предложения, с тем чтобы отразить идею о том, что содержащаяся в нем ссылка на "согласие" относится только к использованию сообщений данных.

44. Относительно проекта пункта 3 в рамках Рабочей группы были высказаны различные точки зрения. Хотя выражалась поддержка исключению ряда конкретных вопросов из сферы действия проекта статьи 8, более значительная поддержка была высказана ограничению любой возможности исключений заявлениями, которые должны представлять договаривающиеся государства согласно проекту статьи X. В то же время в рамках Рабочей группы возобладало мнение, что было бы предпочтительно ограничить возможность исключений исключениями из сферы действия всего документа, а не из сферы применения отдельных положений. Было достигнуто согласие о том, что данный проект пункта следует исключить, поскольку обе предусматриваемые возможности были сочтены нежелательными с учетом важности принципа недискриминации и заинтересованности в обеспечении наиболее широкой возможной унификации правового регулирования.

45. С учетом вышеизложенных замечаний и исправлений Рабочая группа в целом одобрила содержание проекта статьи 8 и просила Секретариат подготовить пересмотренный вариант для обсуждения на ее сорок третьей сессии.

Статья 9 [14]. Требования в отношении формы

46. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

> "[1. Ничто в настоящей Конвенции не требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить [в связи с заключенным или планируемым договором] [в контексте заключения или исполнения договора] предоставлялись или подтверждались [в какой-либо конкретной форме, включая письменную форму] [с помощью сообщений данных, в письменной или любой иной форме] или чтобы договор подчинялся иному требованию в отношении формы.]
>
> 2. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с договором, были представлены в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования.

3. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с договором, были подписаны, или предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

Вариант A

a) использован какой-либо способ для идентификации лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и

b) этот способ является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

Вариант B

… если использована электронная подпись, которая является настолько надежной, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

4. Электронная подпись считается надежной для цели удовлетворения требований, упомянутых в пункте 3 настоящей статьи, если:

a) данные для создания электронной подписи в том контексте, в котором они используются, связаны с подписавшим и ни с каким другим лицом;

b) данные для создания подписи в момент подписания находились под контролем подписавшего и никакого другого лица;

c) любое изменение, внесенное в электронную подпись после момента подписания, поддается обнаружению; и

d) в тех случаях, когда одна из целей юридического требования в отношении наличия подписи заключается в гарантировании целостности информации, к которой она относится, любое изменение, внесенное в эту информацию после момента подписания, поддается обнаружению.

5. Пункт 4 настоящей статьи не ограничивает возможности любого лица в отношении:

a) установления любым способом для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 3 настоящей статьи, надежности электронной подписи;

b) приведения доказательств ненадежности электронной подписи".

47. Рабочей группе было напомнено о том, что в соответствии с предложением, внесенным на ее тридцать девятой сессии (см. A/CN.9/509, пункт 115), в статье 9 был воплощен общий принцип свободы формы, устанавливаемый в статье 11 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, и были вновь изложены основные критерии функциональной эквивалентности между сообщениями данных и бумажными документами, аналогично тому, как это сделано в пункте 2 статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле в отношении письменной формы, и в пункте 3 статьи 7 – в отношении подписей.

48. Было также отмечено, что в пункте 3 статьи 9 содержится два варианта. В варианте A воспроизводятся общие критерии функциональной эквивалентности между собственноручными подписями и электронными методами идентификации, о которых говорится в статье 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, в то время как вариант B, который является более подробным и включает также пункты 4 и 5, основывается на пункте 3 статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях.

Пункт 1

49. Было предложено упростить этот проект пункта, поскольку некоторые из его существенных положений уже отражены в пункте 2 проекта статьи 8. Было высказано мнение о том, что этот пункт следует пересмотреть с тем, чтобы более четко указать, что в данном проекте статьи не устанавливается – ни прямо, ни косвенно – каких-либо требований в отношении формы, которые могут создать последствия для действительности сообщений или уведомлений, а лишь излагаются правила для соблюдения таких требований, предписываемых применимым правом. Было предложено пересмотреть пункт 1, указав, что ничто в конвенции не подчиняет какой-либо договор или любое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьбу какому-либо требованию в отношении формы. Рабочая группа согласилась с тем, что формулировка данного проекта пункта может быть пересмотрена предложенным образом.

Пункт 2

50. Рабочая группа отметила, что в этом проекте пункта излагаются критерии функциональной эквивалентности между сообщениями данных и бумажными документами, аналогично тому, как это сделано в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

51. Было предложено дать определение термину "письменная форма" (см. A/CN.9/509, пункты 116 и 117). Было высказано мнение о том, что возможное определение может быть взято из Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования и Протокола по авиационному оборудованию к этой Конвенции, принятых 16 ноября 2001 года Дипломатической конференцией, проведенной в Кейптауне, Южная Африка ("Кейптаунская конвенция"), в которых предусматривается, что термин "в письменном виде" означает "запись информации (включая информацию, переданную с помощью средств электросвязи), которая сделана в материальной или иной форме и может быть впоследствии воспроизведена в материальной форме и которая разумным образом указывает на согласие лица, направившего такую запись".

52. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что технические приемы, использованные в Кейптаунской конвенции, были направлены на подготовку такого определения понятия "в письменном виде", которое могло бы учесть использование сообщений данных. ЮНСИТРАЛ в отличие от этого избрала подход, предполагающий вместо этого отсылку к внутреннему законодательству применительно к содержанию определения "письменной формы" и включение критериев функциональной эквивалентности между сообщениями данных и письменными документами. Это основополагающее различие делает определение письменной формы в Кейптаунской конвенции непригодным для включения в проект конвенции.

53. Было предложено включить в данный проект пункта дополнительный критерий функциональной эквивалентности, предполагающий отсутствие возможности для одностороннего изменения сообщения данных. В ответ было указано, что предложенное добавление касается обеспечения целостности сообщения данных и что в качестве такового оно имеет более тесную связь с концепцией "подлинника", чем с концепцией "письменной формы", поскольку

требования в отношении письменной формы преследуют, как правило, цель обеспечения наличия доступной записи, но отнюдь не обязательно затрагивают вопросы целостности такой записи. В этой связи было отмечено, что Рабочая группа не считала до настоящего времени необходимым добавление в проект конвенции положения, касающегося функциональной эквивалентности между сообщениями данных и "подлинниками" записей. Юридические требования, касающиеся представления или сохранения подлинных записей, обычно устанавливаются в связи с правилами доказывания в ходе судебного разбирательства и в связи с обменом сообщениями с публичными административными органами. Было сочтено, что подобное правило функциональной эквивалентности в документе, который касается лишь обмена сообщениями коммерческого характера, не является необходимым.

Пункт 3

54. В связи с вариантами A и B была высказана обеспокоенность тем, что оба этих варианта включают требование, касающееся надежности подписи. Было отмечено, что и проект варианта A, и проект варианта B исходят из требований, установленных соответственно в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13] и Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях[14]. Было отмечено, что в некоторых государствах установлено отдельное требование, предусматривающее, что электронная подпись является надежной при условии, что имеется возможность идентифицировать подписавшегося и установить его намерение. Рабочая группа приняла к сведению это мнение.

55. В ответ на вопрос, касающийся различий между вариантами A и B, было указано, что вариант B содержит подробные критерии для определения надежности электронной подписи. В результате этого не каждый метод электронного подписания, удовлетворяющий требованиям варианта A, будет также удовлетворять критериям, установленным в пункте 4 варианта B. Надежность любой такой подписи может быть, однако, продемонстрирована заинтересованной стороной в соответствии с пунктом 5 варианта B.

56. Решительная поддержка была выражена варианту A пункта 3, который, как было сочтено, предлагает простые и технологически нейтральные критерии для признания электронных подписей.

57. В то же время было высказано мнение о том, что вариант A не обеспечивает достаточно высокого уровня безопасности методов подписания и удостоверения подлинности. Поскольку было бы желательно установить более высокие стандарты применительно к безопасности электронных сообщений, предпочтение следует отдать варианту B. Было предложено подготовить текст, объединяющий варианты A и B, с тем чтобы учесть интересы тех государств, в которых необходим более высокий уровень конкретности применительно к требованиям в отношении электронных подписей. Было отмечено, что такой подход может быть реализован путем сохранения только варианта A в качестве пункта 3 статьи 9 и последующего включения положения, позволяющего государствам сделать заявление согласно статье X о том, что они будут применять не пункт 3 проекта статьи 9, а более высокий стандарт, основывающийся на тексте, отраженном в варианте B. В то же время после обсуждения предпочтение было отдано сохранению только варианта A.

58. С учетом вышеизложенных поправок и замечаний Рабочая группа в целом одобрила содержание этого проекта статьи.

---

[14] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.8.

Статья 10 [11]. Время и место отправления и получения сообщений данных

59. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

"1. Моментом отправления сообщения данных считается момент, когда сообщение данных поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя.

2. Момент получения сообщения данных определяется следующим образом:

a) если адресат указал информационную систему для цели получения сообщений данных, сообщение данных считается полученным в момент, когда оно поступает в указанную информационную систему;

b) если адресат указал информационную систему для получения сообщений данных, однако сообщение данных направляется в другую информационную систему адресата, сообщение данных считается полученным в момент, когда сообщение данных извлекается адресатом;

c) если адресат не указал информационную систему, получение происходит в момент, когда сообщение данных поступает в какую-либо информационную систему адресата, за исключением случаев, когда… .

[*Вариант A*

… выбор составителем этой конкретной информационной системы для отправления сообщения данных был бы неразумным с учетом обстоятельств дела и содержания сообщения данных.] [или]

[*Вариант B*

… адресат не мог разумно ожидать, что сообщение данных будет направлено в эту конкретную информационную систему.]

3. Пункт 2 настоящей статьи применяется независимо от того, что место, в котором находится информационная система, может отличаться от места, в котором сообщение данных считается полученным согласно пункту 5 настоящей статьи.

4. В случае когда составитель и адресат используют одну и ту же информационную систему, и отправление, и получение сообщения данных происходят в момент, когда создается возможность для извлечения и обработки сообщения данных адресатом.

5. Сообщение данных считается отправленным в месте нахождения коммерческого предприятия составителя и считается полученным в месте нахождения коммерческого предприятия адресата, как они определяются в соответствии со статьей 7".

60. Рабочей группе было напомнено о том, что за исключением проекта пункта 4 правила, содержащиеся в данном проекте статьи, основываются на статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле с некоторыми изменениями, внесенными для согласования редакции отдельных положений с редакцией, использованной в других местах проекта конвенции. Далее было напомнено о том, что текст проекта пунктов 1 и 2 был изменен, поскольку использовавшиеся в них ранее формулировки были сочтены неясными (см. A/CN.9/528, пункты 140, 148 и 149). Рабочая группа также приняла к сведению подготовленный Секретариатом документ по вопросам, в частности, момента получения и отправления сообщений данных и заключения договора (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2), в котором рассматриваются положения

внутреннего законодательства, касающиеся момента, на который сообщение данных должно считаться отправленным и полученным.

Пункты 1 и 2

61. Рабочая группа отметила, что одной из основных целей проекта конвенции является установление руководящих принципов, которые позволяют применять в контексте электронного заключения договоров те концепции, которые традиционно используются в международных конвенциях и внутреннем законодательстве, например, концепции "отправления" и "получения" сообщений. В той мере, в которой эти традиционные понятия выполняют жизненно важные функции для применения касающихся заключения договоров норм, содержащихся в национальном и унифицированном праве, было указано, что важной целью проекта конвенции является создание функционально эквивалентных концепций для электронной среды. Этой цели и, в общем плане, идее о том, что данный вопрос должен быть урегулирован в проекте конвенции, была выражена решительная поддержка.

62. В то же время Рабочей группе было напомнено о том, что она уже провела обширное обсуждение проектов пунктов 1 и 2 на своих тридцать девятой и сорок первой сессиях (см., соответственно, A/CN.9/509, пункты 93–98, и A/CN.9/528, пункты 137–151). Моменты, вызвавшие обеспокоенность в отношении этих положений, были связаны в основном с критическими замечаниями по поводу смысла формулировки "информационные системы" и предполагаемой сложности данного проекта статьи, особенно с учетом различия между "указанными" и "неуказанными" информационными системами. Рабочей группе было предложено рассмотреть предложения по снятию этих вызвавших обеспокоенность моментов.

63. Согласно одной из точек зрения основная проблема, которая возникает в связи с данным проектом статьи, заключается, как это уже указывалось на предыдущих сессиях Рабочей группы, в использовании концепции "информационной системы" для определения момента отправления и получения сообщений данных. Было отмечено, что данное решение является неуместным в по сути нематериальной среде, поскольку концепция информационной системы может пониматься как подразумевающая наличие оборудования для передачи и обработки сообщений данных. В качестве альтернативы понятию информационной системы для определения момента отправления и получения сообщений данных в данном проекте статьи было предложено уделить основное внимание контролю над сообщением данных.

64. На этой основе было предложено предусмотреть в пунктах 1 и 2 статьи 10, что сообщение данных является отправленным, когда оно впервые покидает сферу контроля составителя и отправляется таким образом, на который дал свое согласие адресат. Кроме того, сообщение должно считаться полученным, когда появляется возможность для его извлечения и обработки адресатом или, если оно отправлено иным образом, чем тот, который предложил адресат, когда адресату становится известно об этом сообщении.

65. Другое сделанное в Рабочей группе предложение сводилось к замене всего проекта статьи 10 следующим текстом:

> "1. Моментом отправления сообщения данных считается момент, когда сообщение данных поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя.
>
> 2. Моментом получения сообщения данных считается момент, когда появляется возможность для его извлечения адресатом или иным лицом, указанным адресатом.

[3. Моментом получения сообщения данных, направленного в автоматизированную информационную систему, считается момент, когда создается возможность для его обработки автоматизированной информационной системой.]"

66. В Рабочей группе была высказана решительная поддержка этим предложениям, которые были сочтены хорошей основой для продолжения обсуждения Рабочей группой. Было указано, что замена различных фактических ситуаций, о которых говорится в проекте пункта 2, простыми общими правилами, в центре внимания которых стоят вопросы контроля над сообщением данных или возможности извлечь сообщение данных, предлагает более целесообразное решение для документа, направленного на унификацию правового регулирования.

67. Было отмечено, что различные критерии для определения момента получения сообщений данных, которые используются в подпунктах (b) и (c) пункта 2, могут привести к получению противоположных результатов. Например, если понятие "информационная система" будет охватывать системы, которые препровождают сообщения данных адресатам, включая, в частности, внешний сервер, сообщение данных может быть сочтено полученным адресатом согласно подпункту (c), даже если оно потеряно до извлечения, притом, что потеря произошла после поступления сообщения в систему сервера и эта система являлась "указанной информационной системой". В то же время согласно подпункту (b) утраченное сообщение не будет считаться полученным адресатом на том основании, что оно не было фактически извлечено адресатом, лишь в силу той причины, что информационная система сервера не была "указана" адресатом. Было заявлено, что такое расхождение, которое вызывается лишь сложной структурой данного проекта пункта, ни в коей мере не является обоснованным.

68. Другое преимущество подготовки альтернативных правил в свете высказанных предложений заключается в том, что это позволит избежать использования концепции "информационной системы", которая была сочтена слишком расплывчатой и, возможно, приводящей к противоречивым результатам в зависимости, например, от того, предполагается ли охватить почтовый ящик, сервер компании, внешний сервер, закрытую сеть или же все или только некоторые из этих элементов. Предлагаемая ссылка на момент, когда создается возможность для извлечения сообщения, напротив, предоставляет в распоряжение суда или арбитража достаточные элементы для определения момента, когда сообщение было действительно получено, если по этому вопросу возникает спор.

69. В ответ было указано, что стремление добиться простоты – характеристики, которая, сама по себе, может быть сочтена полезной коммерческим сообществом, – не должно приводить к тому, чтобы разработчики конвенции упускали из виду необходимость в обеспечении высокой степени предсказуемости и определенности применительно к заключению договора. Было настоятельно высказано мнение о том, что в отношении таких важных вопросов, как время и место заключения договора, необходимость в определенности имеет основополагающее значение. В этой связи предложенные альтернативные варианты пунктов 1 и 2 были сочтены расплывчатыми и недостаточными для удовлетворения практических потребностей пользователей электронной торговли. Было указано, что у составителя сообщения данных не имеется возможностей для того, чтобы удостовериться в том, что сообщение, поступившее в информационную систему вне его контроля, может быть извлечено из этой системы. В результате исключения фактического элемента, связанного с поступлением сообщения в конкретную информационную систему, альтернативные предложения устраняют единственный объективный фактор,

имеющийся в распоряжении сторон для заблаговременного установления момента, на который их сообщения приобретают силу. Данный проект положения должен не просто предлагать правила, которые могут быть применены *a posteriori* для урегулирования споров, возникающих в результате неопределенности относительно момента получения сообщения данных, а должен быть направлен на снятие возможных сомнений и воспрепятствование созданию связанных с этим возможностей для возникновения споров. Если понятие "информационной системы" создает проблемы, то предпочтительным было бы уточнить определение, содержащееся в подпункте (e) проекта статьи 5, а не отказываться от этой полезной концепции вовсе.

70. Другое возражение против альтернативных предложений состояло в том, что они, как представляется, устраняют концепцию "указанной информационной системы". Сохранение этого понятия является, однако, важным, поскольку оно позволяет сторонам выбирать конкретную информационную систему для получения определенных сообщений, например, в случаях, когда в оферте прямо оговаривается адрес, по которому должен быть направлен акцепт. Было указано, что такая возможность имеет огромное практическое значение, особенно для крупных корпораций, использующих различные системы связи, расположенные в различных местах, поскольку от таких корпораций нельзя ожидать уделения одинакового внимания всем созданным ими информационным системам. Так, было бы неразумно связывать крупную корпорацию содержанием сообщений данных, просто направленных в какой-либо один из ее многочисленных электронных почтовых ящиков, лишь в силу того, что появляется возможность для "извлечения" такого сообщения корпорацией.

71. Кроме того, было указано, что пункты 1 и 2 основываются на апробированных решениях, содержащихся в статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13], которая уже была включена в национальное законодательство ряда правовых систем. Было отмечено, что эти решения защищают интересы составителя, который в противном случае попадет в полную зависимость от желания адресата ознакомиться с сообщением данных или от возможных сбоев в системе адресата. Было указано, что обсуждаемые альтернативные предложения предусматривают совершенно иное решение, поскольку на составителя налагается все бремя доказывания факта получения сообщения данных. В то же время Рабочая группа, в принципиальном плане, не может отходить от общего подхода, примененного с одобрения Комиссии в предыдущих текстах, без доказанной необходимости в изменении этого принципиального подхода.

72. Рабочая группа подробно обсудила различные мнения, высказанные в отношении этих проектов пунктов. Широкую поддержку получила точка зрения о том, что альтернативные предложения, представленные Рабочей группе, содержат позитивные элементы, заслуживающие дальнейшего изучения, и что эти предложения могут оказаться полезными для урегулирования ряда связанных с пунктами 1 и 2 моментов, в отношении которых была выражена обеспокоенность. Одновременно все более широкое понимание приобретала точка зрения о том, что в этих предложениях отсутствуют позитивные элементы, которые могли бы оказать помощь в определении момента, на который сообщение приобретает силу и который в настоящее время может быть определен с помощью концепции "поступления" в информационную систему. Рабочая группа также отметила, что каким бы трудным ни казалось проведение разграничения между "указанной" и "неуказанной" системой, это разграничение выполняет полезную практическую функцию, поскольку адресат не должен считаться получившим сообщения, направленные в информационную систему, в которой он не мог с разумными основаниями ожидать их получения.

73. Было указано, что один из возможных путей снятия выраженной обеспокоенности может заключаться в объединении некоторых предложенных элементов с имеющимися частями текста таким образом, который создавал бы презумпцию осведомленности о сообщении (в смысле "доступности" или "возможности получения информации") в результате его поступления в информационную систему адресата при условии, что выбор этой системы составителем являлся разумным. Было указано, что такой новый вариант проекта пункта 2 мог бы гласить следующее:

> "Моментом получения сообщения данных считается момент, когда создается возможность для его извлечения адресатом или иным лицом, указанным адресатом. Считается, что сообщение данных может быть извлечено адресатом, когда оно поступает в информационную систему адресата, если только выбор этой конкретной информационной системы составителем для направления сообщения данных был бы неразумным с учетом обстоятельств дела и содержания сообщения данных".

74. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что предложенный новый вариант проекта пункта 2 является хорошей основой для решения проблем, выявленных Рабочей группой. Было указано, что концепция возможности извлечения сообщения данных, если она привязывается к моменту, когда сообщение поступает в информационную систему адресата, позволяет эффективно перенести в электронную среду концепцию, которая заключается в том, что для приобретения силы договорное сообщение должно достигнуть адресата, поступив в сферу его контроля, и которая косвенно вытекает, например, из статьи 24 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Таким образом, новое предложение позволит на практике получить тот же результат, что и различные ситуации, предусматриваемые в пункте 2 статьи 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13], хотя и с помощью иной формулировки. В ответ на возражение, состоявшее в том, что в новом предложении отсутствует ссылка на согласие сторон об использовании каких-либо конкретных средств связи, было указано, что вопросы, связанные с согласием стороны на ведение электронных операций, рассматриваются в пункте 2 проекта статьи 8. С другой стороны, выбор тех или иных конкретных электронных средств связи представляет собой возможность, косвенно предусматриваемую критерием разумности, содержащимся в заключительной части нового предложения. Так, согласно новому предложению, сохраняется право адресата выбирать конкретную информационную систему для получения сообщений данных, поскольку адресат сможет, например, оспорить выбор конкретного электронного адреса составителем на том основании, что такой выбор был сделан без внимания к указанию адресатом иной системы и являлся, таким образом, неразумным.

75. С учетом вышесказанного Рабочая группа пришла к общему согласию с тем, что предложенная новая формулировка может заменить нынешний проект пункта 2 и что ее следует сохранить в качестве основы для будущего рассмотрения этого вопроса Рабочей группой. Рабочая группа отметила, однако, что ей все-таки может потребоваться вернуться к определению "информационной системы" в проекте статьи 5 с тем, чтобы обеспечить должный охват фактических ситуаций, к которым применим проект статьи 10.

76. Одобрив в принципе новую формулировку проекта пункта 2, Рабочая группа вновь обратила свое внимание на пункт 1. Было высказано мнение, что в этом проекте пункта использован ненадлежащий критерий для установления момента отправления сообщений данных, поскольку отправление определяется в качестве момента, когда сообщение данных поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя. В то же время было бы более логичным предусмотреть, что сообщение считается отправленным в момент,

когда оно покидает сферу контроля составителя или, используя терминологию проекта конвенции, когда оно покидает информационную систему, находящуюся под контролем отправителя. Это предложение, которое было сочтено более соответствующим концепции отправления, чем нынешняя формулировка, получило решительную поддержку.

77. В то же время были также высказаны решительные возражения против изменения критерия, используемого в настоящее время в этом проекте пункта. Было указано, что выход из информационной системы, находящейся под контролем составителя, и поступление в другую информационную систему, под его контролем не находящуюся, представляют собой две стороны одной и той же фактической ситуации, поскольку сообщение обычно покидает одну информационную систему в момент ввода в другую. Нынешняя формулировка, которая также используется в пункте 1 статьи 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13], является, как было указано, предпочтительной, поскольку основное внимание уделяется элементу, который может быть подтвержден сторонами с помощью легко доступных средств, так как в протоколах передачи сообщений данных обычно указывается момент доставки сообщений в информационную систему–адресат или в систему передачи–посредник, но при этом, как правило, не указывается, когда сообщения покинули свои собственные системы.

78. В свете вышесказанного Рабочая группа пришла к согласию с тем, что в пункт 1 могут быть включены в квадратных скобках оба альтернативных варианта для рассмотрения Рабочей группой на одном из последующих этапов.

79. Впоследствии, завершив свои обсуждения по проекту пункта 4 (см. пункт 83 ниже), Рабочая группа согласилась с тем, что для будущего рассмотрения пункт 1 может быть сформулирован примерно следующим образом:

> "Моментом отправления сообщения данных является момент, когда сообщение данных [поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя] [покидает информационную систему, находящуюся под контролем составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя] или, если сообщение не [поступило в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя] [покинуло информационную систему, находящуюся под контролем составителя или лица, которое отправило сообщение от имени составителя], – в момент, когда сообщение данных получено".

80. В этой связи Рабочая группа приняла к сведению предложения об улучшении редакции пункта 1, включая предложение о замене слов "считается момент" словами "является момент". Другое предложение заключалось в том, чтобы использовать в тексте на английском языке формулировку "is presumed to be".

Пункт 3

81. Был задан вопрос о необходимости этого проекта пункта в контексте проекта конвенции, поскольку вопрос о соответствующих моментах регулируется в пункте 2, а вопрос о местонахождении сторон – в пункте 5. В ответ было отмечено, что единственной целью проекта статьи является разъяснение того, что получение сообщения данных может происходить даже в тех случаях, если место, в котором было получено сообщение (т.е. месторасположение информационной системы, в которую поступает сообщение), не совпадает с месторасположением коммерческих предприятий сторон. Такое разъяснение является полезным в электронной среде, поскольку в

отличие от обычной ситуации передачи сообщений по почте, когда такие сообщения обычно доставляются в помещения соответствующей стороны, сообщения данных могут полагаться полученными, когда они доставлены в информационные системы, которые находятся за пределами месторасположения коммерческих предприятий сторон.

82. С учетом предложения поместить проект пункта 3 после нынешнего пункта 5 Рабочая группа одобрила содержание данного проекта пункта.

Пункт 4

83. Было предложено исключить пункт 4, поскольку концепция получения сообщения данных в момент, когда создается возможность для его извлечения, в настоящее время уже отражена в новом варианте пункта 2 (см. пункт 73 выше). Было, однако, указано, что пункт 2 касается только получения сообщения данных, в то время как в пункте 4 устанавливаются также правила применительно к отправлению сообщений, когда обе стороны используют одну и ту же информационную систему. Рассмотрев эти мнения, Рабочая группа пришла к согласию с тем, что содержащиеся в пункте 4 правила, касающиеся отправления, могут быть включены в пункт 1 (см. пункты 76–80 выше) и что в настоящее время пункт 4 может быть исключен. Рабочая группа не достигла консенсуса по вопросу о том, является ли концепция сообщений в рамках одной и той же информационной системы реалистической или существенной.

Пункт 5

84. В связи с данным проектом пункта не было высказано никаких замечаний, и он был в целом одобрен Рабочей группой.

Предложенный дополнительный пункт

85. Было высказано мнение о том, что в проекте статьи 10 не устанавливается надлежащего правила применительно к получению для случая передачи сообщений данных при использовании автоматизированных информационных систем. В связи с урегулированием этого вопроса Рабочей группе было предложено учитывать тот факт, что проводимые через автоматизированную информационную систему переговоры по заключению контрактов (например, в случае продажи авиационных билетов) в значительной мере отвечают структуре "личного" или "непосредственного" общения. На этой основе была высказана точка зрения, состоявшая в том, что сообщение, направленное в автоматизированную информационную систему, должно рассматриваться как полученное в момент, когда создается возможность для его обработки автоматизированной информационной системой. Было выражено мнение, что предложенная поправка охватывает ситуацию, когда сообщение данных обрабатывается без какого-либо дальнейшего взаимодействия с адресатом, управляющим автоматизированной информационной системой.

86. Было достигнуто согласие о том, что обсуждение вопроса об автоматизированных информационных системах может быть отложено до завершения рассмотрения Рабочей группой проекта статьи 14. В этой связи в Рабочей группе прозвучало предостережение в отношении создания иного правила применительно к автоматизированным информационным системам, чем правила, применимые в целом к получению сообщений данных. Было также высказано мнение о том, что новый вариант пункта 2 (см. пункт 73 выше), возможно, уже охватывает получение сообщений данных автоматизированными информационными системами. На этой основе Рабочая группа решила вернуться к рассмотрению вопроса об автоматизированных информационных системах в контексте своих обсуждений по проекту статьи 14.

Статья 11 [15]. Общая информация, подлежащая представлению сторонами

87. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

"[Сообщения данных, используемые для рекламы или предложения товаров или услуг, должны содержать следующую информацию:

a) имя стороны, от лица которой размещается реклама или предложение, или, для юридических лиц, полное название компании и место регистрации или учреждения;

b) географическое местонахождение и адрес, по которому расположено коммерческое предприятие этой стороны, включая адрес электронной почты и другие сведения, которые позволяют вступить с ней в контакт.]"

88. Рабочая группа отметила, что этот проект статьи, который строится на основе пункта 1 статьи 5 Директивы 2000/31/ЕС Европейского союза ("Директива Европейского союза"), заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла консенсуса относительно необходимости в таком положении (см. A/CN.9/509, пункты 61–65). Этот проект статьи, в его нынешнем виде, не предусматривает каких-либо санкций или последствий для случаев непредставления стороной требуемой информации; этот вопрос Рабочей группе все еще предстоит обсудить (см. A/CN.9/509, пункт 123, и A/CN.9/527, пункт 103).

89. Рабочая группа отметила, что данный проект статьи тщательно обсуждался на ее тридцать девятой сессии, на которой многие делегации сочли его весьма желательным, а не меньшее число других делегаций – весьма спорным (см. A/CN.9/509, пункты 60–65). На нынешней сессии проявилось это же расхождение мнений.

90. Решительная поддержка была выражена этому проекту статьи, воплощающему, как было указано, важные элементы, которые окажут помощь сторонам в определении того, будет ли та или иная конкретная сделка рассматриваться в качестве внутренней или международной, а также в принятии необходимых мер для защиты своих прав, особенно на случай споров или судебных тяжб. Было отмечено, что данный проект статьи нельзя рассматривать как чрезмерное вмешательство в отношении сторон и что он не накладывает какого-либо неразумного бремени на коммерческие предприятия, поскольку предусматриваемая в нем информация носит общий характер и не касается внутренних дел компаний. Коммерческие предприятия, осуществляющие законную коммерческую деятельность, не имеют каких-либо причин опасаться раскрывать свое название или место своего коммерческого предприятия.

91. Кроме того, тот факт, что международные документы, посвященные унификации коммерческого права, не содержат аналогичных обязательств применительно к сделкам, осуществляемым с помощью традиционных средств, не препятствует установлению конкретных требований применительно к сделкам, заключаемым электронным способом. Электронная торговля представляет собой относительно новое явление, что может оправдывать введение новых правовых норм. Трудно предположить, что в неэлектронной среде контракт будет заключаться между сторонами, не осведомленными о личности или местонахождении друг друга. В то же время было указано, что определенные методы проведения переговоров, такие как заключение контракта через сеть Интернет, могут в полной мере позволять исполнение договора и осуществление платежей без получения сторонами какого-либо доступа к информации за пределами тех сообщений данных, которыми они обмениваются. Содействие принятию надлежащих коммерческих стандартов, таких как базовые

требования к раскрытию информации, будет способствовать укреплению правовой определенности, прозрачности и доверия к электронной торговле. Если данное положение сочтено излишне жестким, то ему может быть придана более значительная гибкость, а вопрос о санкциях, если таковые вообще будут предусматриваться, может быть оставлен на усмотрение применимого права. Кажущийся регулирующий характер данного положения может быть еще более смягчен, если будет исключена ссылка на "рекламу", которая может рассматриваться как вторжение в сферу защиты потребителей и регулирования рекламы. В целом, однако, этот проект статьи должен быть сохранен.

92. Противоположная точка зрения, которая также получила решительную поддержку, состояла в том, что данный проект статьи является регулирующим по своему характеру, не подходит для документа, посвященного коммерческому праву, представляет собой необоснованное вмешательство в отношения между сторонами и потенциально способен нанести ущерб некоторым действующим видам коммерческой практики. Обязательства о раскрытии информации, подобные тем, которые предусматриваются в этом проекте статьи, обычно включаются в юридические тексты, в первую очередь направленные на защиту потребителей, как это имеет место в случае Директивы Европейского союза, на которой этот проект положения основан. В то же время в случае этих других документов применение подобных регулирующих положений поддерживается рядом административных и других мер, которые не могут быть предусмотрены в проекте конвенции.

93. Был также приведен довод о том, что никаких аналогичных обязательств для коммерческих сделок в неэлектронной среде не предусматривается и что установление таких особых обязательств применительно к электронной торговле не будет способствовать ее развитию. Кроме того, в отдельных ситуациях, например на некоторых финансовых рынках или в рамках таких коммерческих моделей, как платформы для проведения аукционов в сети Интернет, обычной является практика, когда и продавцы, и покупатели идентифицируют себя в ходе переговоров или торгов только с помощью псевдонимов или кодов. Имеются также системы, работающие при участии торговых посредников, когда личность конечного поставщика не раскрывается потенциальным покупателям. В данных случаях у сторон имеются различные законные причины держать свою личность в тайне, включая используемую ими стратегию переговоров, так что речь не идет о том, что они не желают раскрывать свои имена или названия или свое коммерческое предприятие по каким-либо ненадлежащим мотивам или из страха перед правовыми санкциями. Кроме того, было указано, что независимо от цели, которая может быть поставлена перед этим проектом статьи, подобное положение будет неэффективным. В большинстве обстоятельств стороны будут иметь коммерческий интерес в раскрытии информации о своих именах или названиях и коммерческих предприятиях, без какой-либо необходимости в установлении подобных требований законом. Таким образом, проект конвенции не будет выполнять сколь-либо значимой функции с точки зрения цели усиления правовой определенности. Если, однако, цель состоит в пресечении мошенничества и создании препятствий для незаконного использования электронной торговли, то проект конвенции также не будет являться эффективным механизмом, поскольку он не может быть подкреплен теми санкциями, которые могли бы сдерживать лиц, совершающих противоправные деяния. Еще одно предостережение было высказано в связи с тем, что данный проект статьи не должен рассматриваться в качестве попытки установить юрисдикционные правила, поскольку этот вопрос выходит за рамки сферы применения проекта конвенции.

94. Рабочая группа подробно обсудила различные высказанные мнения. Было выражено единодушное согласие с общей целью, состоящей в разработке правил или принципов, которые помогут укрепить правовую определенность и доверие

к электронной торговле путем, например, содействия прозрачности и оказания помощи сторонам в получении средств для определения права, регулирующего их сделки. В то же время с учетом противоположных мнений относительно желательности и полезности этого проекта статьи Рабочей группе было предложено рассмотреть возможные альтернативы, которые будут способствовать достижению компромисса по этому вопросу.

95. Было указано, что один из таких альтернативных вариантов может заключаться в том, чтобы дать этот пункт в редакции предложения или призыва к коммерческим сторонам раскрывать указанную в нем информацию, что может быть, например, достигнуто с помощью замены слов "должны содержать следующую информацию" словами "могут содержать следующую информацию". Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что это придаст всей статье факультативный характер, а это будет противоречить цели обеспечения наличия максимального объема информации. Другое предложение состояло в том, чтобы оговорить применение этого проекта статьи принципом автономии сторон таким образом, что сторона, продолжающая осуществление коммерческих сделок с другой стороной, которая не раскрыла информацию о своей личности или коммерческом предприятии, может считаться согласившейся с отказом от применения требований проекта статьи 11. Против этого предложения были также высказаны критические замечания, поскольку это может привести к коллизии с национальными или региональными режимами регулирования, которые требуют раскрытия информации, предусматриваемой в этом проекте статьи, причем право сторон отказаться от применения этих требований не предусматривается.

96. В число других возможных путей учета возражений, высказанных против этого проекта статьи, входили предложения об исключении некоторых конкретных ситуаций, например случаев, когда стороны ведут переговоры по закрытым сетям, к которым они получили доступ в результате первоначальной идентификации, или когда стороны уже имеют опыт предыдущих сделок или каким-либо образом удовлетворены в том, что требуемая информация уже была сообщена или может быть предоставлена им. В ответ, однако, было указано, что определение таких конкретных ситуаций вызовет трудности и что в любом случае они не будут предполагать абсолютной анонимности. Кроме того, примеры коммерческих моделей, когда стороны совершают операции с помощью псевдонимов, такие как случай платформ для проведения аукционов в сети Интернет, наиболее часто связаны с потребителями, интересы которых в иных отношениях защищены с помощью специальных норм.

97. В этой связи было высказано мнение, что проблемы, вызываемые этим проектом статьи, имеют отношение, по крайней мере частично, к ее внешне императивному характеру. Было указано, что этих проблем можно было бы избежать, если бы статья была переформулирована в виде рекомендательного положения о том, что сторонам следует воздерживаться от ложных заявлений относительно их личности или местонахождения. Другое связанное с этим предложение сводилось к тому, что для того, чтобы избежать возникновения вопросов, связанных с возможными санкциями за нераскрытие информации какой-либо стороной, в этот проект статьи может быть включено положение, аналогичное пункту 2 статей 8 и 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях[14], в котором предусматривается, что правовые последствия за несоблюдение этих положений лежат на самих сторонах. Против этих предложений были высказаны, однако, возражения на том основании, что ссылки на возможные санкции согласно внутреннему законодательству не способствуют укреплению правовой определенности и что рекомендательное положение, предупреждающее возможное мошенническое представление ложной информации, не отвечает коммерчески–правовому характеру проекта конвенции.

98. Другая проблема, которая была выявлена в связи с данным проектом статьи в ходе обсуждений, состояла в том, что обязательство раскрывать информацию налагается только на сторону, предлагающую товары или услуги, но не на другого договорного партнера. Это, как было указано, является свидетельством первоначальной цели данного положения, которая была в первую очередь связана с защитой потребителей. В ответ было отмечено, что направленность на сторону, предлагающую товары или услуги, была избрана в данном проекте статьи весьма логично, поскольку именно эта сторона стремится вступить в контакт с возможно максимально широким кругом лиц. Оферент должен сам организовать свою переговорную систему таким образом, чтобы предоставить в распоряжение заинтересованных сторон средства сообщить свою собственную подробную информацию или чтобы потребовать от них этого. В любом случае, однако, в силу той причины, что стороне, действующей на основании оферты, может быть предложено, например, незамедлительно произвести платеж или раскрыть личную информацию или что такая сторона может обладать законным интересом в получении информации, необходимой для защиты ее прав, например, на случай судебной тяжбы, порядок, при котором в этом проекте статьи первоочередное внимание уделяется обязательствам по раскрытию информации, налагаемым на сторону, которая сделала первоначальное предложение, представляется вполне разумным.

99. Было высказано мнение, что ни одного из внесенных предложений недостаточно для решения проблем, возникающих в связи с данным проектом статьи, который, возможно, потребуется существенным образом пересмотреть или исключить. В этой связи была высказана точка зрения о том, что статьи 1 и 7 уже создают приемлемые рамки для установления местонахождения сторон и что для определения права, регулирующего тот или иной конкретный договор, никакой дополнительной информации не потребуется.

100. В интересах придания этому проекту статьи большей гибкости было предложено на данном этапе переформулировать его в качестве факультативного положения примерно следующим образом:

> "1. До окончательного заключения любого договора каждая сторона раскрывает каждой другой стороне информацию о:
>
> a) своем юридическом названии или личности;
>
> b) места, из которого она заключает договор; и
>
> c) метода вступления с этой стороной в контакт с помощью электронных средств.
>
> 2. Раскрытия информации согласно пункту 1 не требуется, если стороны ранее уже заключали договоры друг с другом или если может быть сочтено иным образом, что им известна информация, упомянутая в пункте 1.
>
> 3. Если какая-либо сторона не выполняет вышеизложенные требования, настоящая Конвенция к договору не применяется".

101. Рабочая группа высоко оценила усилия, приложенные к достижению действенного консенсуса по этому вопросу. В то же время в адрес нового предложения были высказаны критические замечания как со стороны тех, кто поддерживает проект статьи 11, так и тех, кто выступает за его исключение. С одной стороны, возражения против этого предложения были высказаны по той причине, что соблюдению требований придается факультативный характер, а они должны рассматриваться в качестве предмета публичного порядка и, таким образом, носить императивный характер. С другой стороны, было указано, что это предложение противоречит самой цели проекта конвенции, поскольку преимуществ более значительной унификации и усиленной правовой

определенности, обеспечиваемых проектом конвенции, будут автоматически лишаться все договоры, заключенные вразрез со статьей 11.

102. С учетом сохраняющихся разногласий в рамках Рабочей группы по поводу этого проекта статьи было предложено рассмотреть данный вопрос с иной точки зрения, а именно обсудить возможность выработки положения, в котором признавалось бы возможное существование требований к раскрытию информации согласно материально–правовому закону, регулирующему договор, и напоминалось бы сторонам об их обязательствах соблюдать такие требования. Такое положение, которое можно было бы включить в надлежащее место главы I или II проекта конвенции, могло бы гласить следующее:

> "Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает применения любой нормы права, которая может требовать от сторон раскрывать информацию о своей личности и коммерческом предприятии или же иную информацию, а также не освобождает какую-либо сторону от юридических последствий представления неточных или ложных заявлений в этой связи".

103. В рамках Рабочей группы было отмечено широкое согласие с тем, что предложенный новый подход к урегулированию требований о раскрытии информации представляет собой хорошую основу для достижения консенсуса по этому вопросу. Было указано, что новое предложение обладает тем преимуществом, что внимание обращается на обязанность сторон соблюсти требования внутреннего законодательства до использования сообщения данных в целях заключения договора. Хотя это предложение повлечет за собой исключение нынешнего проекта статьи 11, будет вновь подтвержден принцип, состоящий в том, что сторонам следует напомнить о необходимости соблюдать надлежащую практику при заключении договоров с помощью электронных средств. Далее было указано, что новый подход поможет избежать коллизий между императивными обязательствами о раскрытии информации, существующими согласно внутреннему праву, и аналогичными обязательствами согласно конвенции, особенно если в последнем случае будет допускаться отход от этих обязательств по соглашению сторон, как это предлагалось ранее в ходе обсуждения, поскольку это право не всегда предусматривается в национальном законодательстве. В то же время Рабочая группа приняла к сведению мнение, которое отнюдь не было одиноким, что предпочтительно было бы предусмотреть обязательство о раскрытии информации в самом проекте конвенции как в документе, посвященном унификации правового регулирования, а не оставлять решение этого вопроса полностью на усмотрение внутреннего законодательства.

104. В этой связи Рабочая группа достаточно подробно обсудила вопросы о том, следует ли применение нового предложенного положения обусловить принципом автономии сторон согласно проекту статьи 4 и следует ли предусмотреть в проекте статьи 4 специальное исключение. Рабочая группа пришла к общему пониманию, что с учетом характера нового положения, которое содержит отсылку к внутреннему законодательству применительно к требованиям о раскрытии информации, внутренние требования будут сохранять применимость, даже если стороны попытаются обойти их, исключив применение нового положения.

105. С учетом принятия Рабочей группой на более позднем этапе окончательного решения относительно надлежащего места для включения нового положения Рабочая группа пришла к согласию о добавлении этого нового положения и об исключении проекта статьи 11.

Статья 12 [9]. Предложения представлять оферты

106. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

"*Вариант A*

1. Предложение о заключении договора, сделанное при помощи одного или нескольких сообщений данных и адресованное не одному или нескольким конкретным лицам, а являющееся в целом доступным лицам, использующим информационные системы, считается только предложением представлять оферты, если только в нем не указано намерение лица, делающего предложение, считать себя связанным в случае акцепта.

2. Если иное не указано лицом, делающим предложение, предложение заключить договор, сделанное посредством использования интерактивных прикладных средств для [автоматического] размещения заказов через такую информационную систему является офертой и считается указывающим на намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта.

Вариант B

Предложение заключить договор, сделанное при помощи одного или нескольких сообщений данных и адресованное не одному или нескольким конкретным лицам, а являющееся в целом доступным лицам, использующим информационные системы, включая предложения, сделанные посредством использования интерактивных прикладных средств для [автоматического] размещения заказов через такие информационные системы, считается приглашением представлять оферты, если ясно не указывается намерение лица, делающего предложение, считать себя связанным в случае акцепта".

Общие замечания

107. Рабочей группе было предложено начать обсуждения с рассмотрения вопроса о том, существует ли необходимость в субсидиарной норме для определения того, в каких случаях можно считать, что сторона, сделавшая предложение о заключении договора при помощи сообщений данных, представила связывающую оферту, и при каких обстоятельствах можно считать, что стороны являются связанными офертами, представленными с помощью автоматизированных систем. Было указано, что это положение основывается на пункте 1 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и является результатом аналогии между офертами, представляемыми с помощью электронных средств, и офертами, представляемыми с помощью более традиционных средств (см. A/CN.9/509, пункты 76–85). Было вновь указано, что общее правило, закрепленное в пункте 1 варианта A и в варианте B, отражает принцип, в соответствии с которым не следует считать, что сторона, предлагающая товары или услуги при помощи сообщений данных, которые не адресованы одному или более конкретным лицам, представляет связывающую оферту, если такая сторона четко не указала иное. Это общее правило основывается на предположении о том, что применение презумпции связывающего намерения в отношении использования интерактивных прикладных средств заключения договоров может ущемлять интересы продавцов, которые держат ограниченные запасы определенных товаров, если продавец будет нести ответственность за выполнение всех заказов, полученных от потенциально неограниченного числа покупателей.

108. Было указано, что в пункте 1 варианта A просто подтверждается общий принцип, в соответствии с которым оферты товаров или услуг, доступные неограниченному числу лиц, не являются связывающими офертами, а представляют собой предложения представлять оферты, в то время как в пункте 2 этого варианта предусматривается, что в качестве исключения из общего правила, закрепленного в пункте 1, при использовании интерактивных прикладных средств такие предложения следует рассматривать в качестве

связывающих оферт. В варианте B, в котором пункты 1 и 2 объединены в единое положение, оферты товаров и услуг, даже в случае использования "интерактивных прикладных средств", рассматриваются в качестве приглашения представлять оферты (см. A/CN.9/528, пункт 119).

109. При рассмотрении этого проекта статьи Рабочая группа была проинформирована о порядке применения традиционных понятий оферты и акцепта при заключении договоров с помощью электронных средств в контексте соответствующих теоретических работ и прецедентного права. Было указано, что в теоретических работах преобладает мнение о том, что модель "приглашения к переговорам" может оказаться неприемлемой для безоговорочного перенесения в условия Интернета и что следует проводить разграничения между веб-сайтами, предлагающими товары или услуги с помощью интерактивных прикладных систем, и веб-сайтами, использующими неинтерактивные прикладные системы (см. A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1, пункты 4–7). Рабочая группа отметила также, что некоторые судебные решения, как представляется, подкрепляют мнение о том, что оферты, представляемые в рамках так называемых систем "щелчок и готово" и в рамках аукционов в сети Интернет, можно толковать в качестве связывающих оферт.

Выбор между вариантами A и B

110. Была выражена определенная поддержка в отношении предложения исключить эту статью. Было указано, что эта статья, в которой предпринимается попытка рассмотреть материально–правовые вопросы, касающиеся заключения договора, выходит за рамки установленных целей проекта конвенции, которая призвана содействовать облегчению электронных сделок. Было далее указано, что эта статья не содержит каких-либо существенных положений, дополняющих нормы, которые уже закреплены в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, и поэтому представляет собой излишнее положение. Несмотря на это мнение, Рабочая группа в конечном счете решила, что в проекте конвенции было бы целесообразно предложить определенное разъяснение по данному вопросу и что варианты, изложенные в этом проекте статьи, обеспечивают хорошую основу для достижения этой цели. В связи с этим было указано, что данное положение представляет собой субсидиарную норму, которая надлежащим образом адаптирует положения Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже к условиям электронной торговли.

111. В качестве общего замечания было указано, что предложение заключить договор представляет собой оферту в соответствии с пунктом 1 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, только если выполняется ряд условий, включая условие о том, что такое предложение должно быть достаточно определенным и должно содержать указание на товар, а также прямо или косвенно устанавливать качество и цену или же содержать положения об определении качества и цены. Поэтому важно пересмотреть данный проект статьи для обеспечения того, чтобы она не создавала впечатления, что намерение стороны считать себя связанной предложением является достаточным условием для того, чтобы рассматривать его в качестве оферты в отсутствие таких других элементов. Рабочая группа приняла к сведению это замечание и решила, что эти мнения должны быть учтены при подготовке будущего варианта этого проекта статьи.

112. Была выражена поддержка варианту A на том основании, что он допускает широкий круг возможностей и позволяет учесть намерения сторон. Тем не менее было выражено беспокойство в связи с тем, что в пункте 2 варианта A предполагается, что лицо, использующее интерактивные прикладные средства для представления оферт, всегда намеревается представить связывающие оферты, что не отражает преобладающую практику на рынке. Таким образом, в случае сохранения, как это предлагается, варианта A, пункт 2 следует

исключить. Тем не менее в ответ на это предложение было указано, что существуют коммерческие модели, основанные на правиле о том, что оферты, представляемые с помощью интерактивных прикладных средств, являются связывающими офертами. В таких случаях возможные основания для беспокойства относительно ограниченных запасов соответствующих изделий или услуг снимаются путем включения оговорок, указывающих на то, что такие оферты касаются только ограниченного количества товара, и путем автоматического размещения заказов, исходя из сроков их получения.

113. В Рабочей группе возобладало мнение, противоположное принципу, закрепленному в пункте 2 варианта A. Тем не менее, поскольку было сочтено, что только пункт 1 варианта A практически не обеспечивает каких-либо дополнительных элементов для толкования соответствующих положений Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, Рабочая группа пришла к мнению о том, что работа на основе варианта B является более предпочтительным вариантом.

114. В отношении варианта B было выражено беспокойство в связи с тем, что использование термина "интерактивные прикладные средства" является слишком узким и не соответствует другим положениям проекта конвенции, в которых используется термин "автоматизированные информационные системы". В ответ было вновь указано, что на тридцать девятой сессии Рабочей группы было решено, что в контексте этого проекта статьи понятие "автоматизированные информационные системы" не обеспечивает разумных руководящих указаний, поскольку сторона, размещающая заказ, может не знать, каким образом будет обрабатываться ее заказ и в какой степени информационная система является автоматизированной. В свою очередь понятие "интерактивные прикладные средства", как указывалось, является объективным термином, который лучше описывает ситуацию, очевидную для любого лица, получающего доступ к системе, а именно ситуацию, когда ему предлагается обменяться информацией через эту систему с помощью незамедлительных действий и ответов, которые создают видимость автоматического режима. Было указано, что данный термин является скорее не юридическим, а техническим термином, указывающим на то, что основное внимание в этом положении уделяется тому, что очевидно стороне, активирующей систему, а не тому, каким образом функционирует данная система. Исходя из этого Рабочая группа решила, что термин "интерактивные прикладные средства" можно сохранить.

115. Было выражено беспокойство в связи с тем, что ссылка на термин "приглашение представлять оферты" является неуместной, поскольку эта концепция не известна ряду правовых систем. Было высказано мнение о том, что более нейтральным подходом могла бы стать замена слов "считается приглашением представлять оферты" такими словами, как "не считается представлением оферты". Хотя это предложение получило определенную поддержку, было указано, что в проекте текста отражена формулировка, использованная в пункте 2 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, и что Рабочей группе не следует отклоняться от этой формулировки в проекте конвенции. По этой же причине было снято предложение исключить в варианте B слово "ясно", исходя из того, что этот термин также используется в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

116. Рабочая группа завершила обсуждение этого проекта статьи, приняв решение о сохранении варианта B в качестве основы для будущих обсуждений.

Статья 13 [8]. Использование сообщений данных при заключении договоров

117. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

"1. [Оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью сообщений данных.] В случае, когда [при заключении договора] [для передачи оферты или акцепта оферты] используются сообщения данных, [этот договор] [заключенный договор] не может быть лишен действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовались сообщения данных.

Вариант А

2. В случае, когда оферта и акцепт оферты произведены с помощью сообщений данных, они вступают в силу, когда они получены адресатом.

Вариант В

2. В случае, если законодательство Договаривающегося государства устанавливает какие-либо последствия в связи с моментом, когда оферта или акцепт оферты достигают оферента или получателя оферты, и для передачи такой оферты или акцепта используется сообщение данных, то сообщение данных считается достигшим оферента или получателя оферты, когда оно получено им."

118. Рабочая группа отметила, что в этом проекте статьи содержится ряд положений, касающихся юридической силы сообщений данных, используемых для передачи договорных оферт или акцептов. Было указано, что эти положения, хотя первоначально и в иной редакции, содержались в предыдущем варианте проекта конвенции. Этот вариант отражал основные правила по вопросу о заключении договоров, содержащиеся в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Первоначальный проект этой статьи был подробно обсужден и явился предметом многочисленных критических замечаний на тридцать девятой сессии Рабочей группы, когда она согласилась с тем, что это положение следует пересмотреть и что включение в проект конвенции любых материально–правовых положений следует ограничить только теми, которые строго необходимы для содействия использованию сообщений данных при заключении международных контрактов (см. A/CN.509, пункты 87–92). Этот проект положения был впоследствии еще раз рассмотрен Рабочей группой на ее сорок первой сессии. В тот момент она не смогла достичь согласия относительно сохранения или исключения данного проекта статьи. Рассмотрев мнение о том, что в этом проекте статьи содержатся полезные положения для установления факта заключения договора с помощью электронных средств, Рабочая группа решила просить Секретариат пересмотреть редакцию этого проекта статьи для рассмотрения на более позднем этапе (см. A/CN.528, пункты 94–108). В нынешнем варианте данного проекта статьи, особенно в пункте 2, отражены предложения, внесенные на этой сессии (см. A/CN.528, пункты 105 и 106).

119. На нынешней сессии были вновь заявлены решительные возражения против сохранения этого проекта статьи в целом. Было указано, что это положение непосредственно не затрагивает вопросов электронного заключения договоров, регулированием которых должен ограничиваться проект конвенции. Даже в его нынешней форме, которая была придана этому проекту статьи с тем, чтобы ограничить сферу его действия электронными коммерческими сделками, он все-таки должен быть исключен. Например, если цель проекта пункта 1 состоит в содействии определению момента заключения договора, когда для этого используются сообщения данных, то необходимости в таком положении не имеется, поскольку в новом тексте пункта 1 проекта статьи 8 уже прямо

признается возможность передачи оферты и акцепта с помощью сообщений данных.

120. Пункт 2 следует также исключить, поскольку, как это было сочтено, оба варианта касаются материально–правовых вопросов договорного права, которые не должны затрагиваться проектом конвенции. В частности, было указано, что в проекте конвенции не следует предпринимать попытки установить какое-либо правило относительно момента заключения договора, с тем чтобы избежать создания двойного режима, когда различные правила будут регулировать момент заключения договора при электронной торговле согласно проекту конвенции и момент заключения других видов договоров, не подпадающих под действие проекта конвенции.

121. Рассмотрев различные высказанные мнения, Рабочая группа постановила исключить проект статьи 13.

Статья 14 [12]. Использование автоматизированных информационных систем для заключения договоров

122. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

> "Договор может быть заключен в результате взаимодействия автоматизированной информационной системы и какого-либо лица или взаимодействия автоматизированных информационных систем, даже если отдельные операции, осуществляемые такими системами, или достигнутое в результате их соглашение происходят без контроля со стороны какого-либо лица."

123. Рабочая группа отметила, что этот проект положения, содержание которого она на своей тридцать девятой сессии постановила сохранить (см. A/CN.509, пункт 103), развивает принцип, сформулированный в общем виде в подпункте 2(b) статьи 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13].

124. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что данный проект статьи снимает возможные сомнения относительно действительности договоров, заключенных в результате взаимодействия между автоматизированными информационными системами. Было указано, что в ряде правовых систем включение аналогичных положений в национальное законодательство по электронной торговле было сочтено необходимым или, по крайней мере, полезным.

125. Было отмечено, что, хотя этот проект статьи строится на основе подпункта 2(b) статьи 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[13], цели этих двух положений не являются идентичными. Подпункт 2(b) статьи 13 Типового закона касается атрибуции сообщений, отправленных автоматизированной информационной системой, в то время как данный проект статьи является по своей природе правилом недискриминации. Независимо от этого, однако, данное положение может оказаться ненужным, поскольку, как это может быть сочтено, его содержание уже охватывается пунктом 1 проекта статьи 8. Так, было бы предпочтительно дополнить этот проект статьи четкими, касающимися вопросов атрибуции положениями, аналогичными тем, которые содержатся в Типовом законе.

126. Рабочая группа согласилась с тем, что между данным проектом статьи и аналогичным положением об атрибуции сообщений данных в Типовом законе, которое в первую очередь касается отдельных сообщений данных, существует различие. В то же время нынешний проект представляет собой шаг вперед, и в нем прямо признается, что сообщения данных, которыми обмениваются

автоматизированные информационные системы, могут создать связывающие обязательства, даже без участия человека или без контроля с его стороны за этими обязательствами и операциями, которые привели к их созданию. Это важное разъяснение должно быть сохранено в проекте конвенции. Считать, что содержание этого проекта статьи уже охватывается пунктом 1 проекта статьи 8, нельзя, поскольку в данном случае речь идет об особой категории сообщений данных.

127. Определенная поддержка была высказана в отношении возможности расширить этот проект статьи за счет включения правил, которые касались бы атрибуции сообщений данных и которые бы четко устанавливали, что атрибуция договора, заключенного в результате взаимодействия одного компьютера с другим компьютером или лицом, может быть произведена лицу, от имени которого заключен договор. В то же время против этого предложения были высказаны решительные возражения по причине трудности отыскания приемлемого решения для юридических вопросов, связанных с атрибуцией сообщений данных, учитывая широкое разнообразие фактических ситуаций, которые потребуется принять во внимание, как это уже имело место во время подготовки статьи 13 Типового закона. Рабочая группа отметила, что консенсус по вопросу о необходимости включения в проект конвенции правил об атрибуции отсутствует, и постановила, что разрабатывать такие правила не следует. В то же время было выражено понимание, что Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть это решение на более позднем этапе.

128. В то же время в той мере, в которой нынешняя формулировка этого проекта статьи вызывает сомнения относительно его цели и действия, особенно в том, что касается смысла формулировки "договор может быть заключен", которая была сочтена неясной, было достигнуто согласие о необходимости изменения редакции этого положения. Одно из предложений состояло в придании данному проекту статьи формы принципа недискриминации и замене его положением примерно следующего содержания:

> "Договор, заключенный в результате взаимодействия автоматизированной информационной системы и лица или в результате взаимодействия автоматизированных информационных систем, не может быть лишен действительности или исковой силы лишь на том основании, что каждая из отдельных операций, осуществляемых такими системами, или достигнутое в их результате соглашение происходят без контроля со стороны какого-либо лица".

129. Рабочая группа согласилась с тем, что новый предложенный вариант представляет собой хорошую основу для дальнейших обсуждений этого вопроса, и постановила заменить им нынешний проект. Было достигнуто согласие с тем, что вопрос о надлежащем месте для включения этого нового положения будет рассмотрен Рабочей группой на более позднем этапе.

Статья 15 [16]. Доступность договорных условий

130. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи:

> "Сторона, предлагающая товары или услуги через информационную систему, которая в целом открыта для доступа лиц, использующих информационные системы, обеспечивает доступность сообщения или сообщений данных, содержащих договорные условия, для другой стороны [в течение разумного периода времени] таким образом, который создает возможность для его или их хранения и воспроизведения. [Сообщение данных считается не допускающим возможности хранения или

воспроизведения, если составитель препятствует распечатке или хранению сообщения или сообщений данных другой стороной.]"

131. Рабочая группа отметила, что этот проект статьи, который основывается на пункте 3 статьи 10 Директивы 2000/31/ЕС Европейского союза, заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла консенсуса относительно необходимости в таком положении (см. A/CN.9/509, пункты 123–125).

132. Рабочая группа далее отметила, что если это положение будет сохранено, она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть в этом проекте статьи последствия неспособности стороны предоставить доступ к договорным условиям, а также оговорить надлежащие последствия. Было указано, что в некоторых правовых системах последствия могут заключаться в том, что договорное условие, с которым не была ознакомлена противная сторона, не будет иметь исковой силы в ее отношении.

133. Было высказано мнение о том, что проект статьи 15 следует исключить по тем же причинам, что и те, которые были упомянуты в связи с проектом статьи 11. Было указано на бессмысленность включения в проект документа регулирующих положений, особенно если не устанавливается никаких санкций. В поддержку исключения было также указано, что проект статьи 15 приведет к установлению правил, не существующих в контексте сделок с бумажными документами, что будет представлять собой отход от принципа, состоящего в том, что проект конвенции не должен создавать двойственности режимов, регулирующих бумажные договоры, с одной стороны, и электронные сделки, с другой. Кроме того, этот проект статьи исходит из неверных посылок, например, из представления о том, что договорные условия при электронной торговле всегда существуют только в электронной форме или что они всегда находятся под контролем оферента, а этого может и не быть, например, в случае, когда стороны используют переговорную платформу, предоставленную посредником. И наконец, этот проект статьи содержит правило, которое очевидно направлено на защиту потребителей, а это не является предметом проекта конвенции.

134. В то же время было высказано противоположное мнение, состоявшее в том, что, за исключением второго положения, общий принцип, закрепляемый в данном проекте статьи, следует сохранить, поскольку он непосредственно регулирует один из элементов, имеющих особое значение в контексте электронных договоров. В частности, когда стороны ведут переговоры через открытые сети, такие как Интернет, существует конкретная опасность того, что от них потребуется согласие с определенными условиями, показанными продавцом, при том, что у них может не иметься возможности получить доступ к этим условиям на более позднем этапе. Такая ситуация, которая может также возникнуть при переговорах между коммерческими предприятиями или профессиональными коммерсантами, является явно неблагоприятной для стороны, соглашающейся с договорными условиями другой стороны. Было указано, что эта проблема в неэлектронной среде не имеет таких же масштабов, поскольку, за исключением чисто устных договоров, стороны в большинстве случаев будут иметь доступ к материальной записи условий, регулирующих их договор. В то же время было признано, что вопрос о последствиях несоблюдения проекта статьи 15 заслуживает, возможно, дальнейшего рассмотрения.

135. Рассмотрев высказанные мнения и отметив отсутствие консенсуса в рамках Рабочей группы относительно желательности включения правила, аналогичного данному проекту статьи, Рабочая группа согласилась с тем, что к этому вопросу потребуется, возможно, вернуться на более позднем этапе. С этой целью было решено обратиться к Секретариату с просьбой подготовить пересмотренный вариант проекта статьи 15 на основе вышеизложенного обсуждения и поместить

его в квадратные скобки для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий. К Секретариату была, кроме того, обращена просьба включить, также в квадратных скобках, альтернативный вариант этого проекта статьи, подготовленный с учетом подхода, который Рабочая группа согласилась использовать применительно к проекту статьи 11 (см. пункт 102 выше). В этом альтернативном варианте следует предусмотреть, что ничто в проекте конвенции не затрагивает применения любых норм права, которые могут требовать от стороны, заключающей договор с помощью сообщений данных, тем или иным конкретным способом предоставить в распоряжение другой договаривающейся стороны сообщения данных, содержащие договорные условия, или которые освобождают сторону от юридических последствий несоблюдения этого требования.

B. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

(A/CN.9/WG.IV/WP.103) [Подлинный текст на английском языке]

1. Рабочая группа начала обсуждение вопросов электронного заключения договоров на своей тридцать девятой сессии (Нью–Йорк, 11–15 марта 2002 года), когда она рассмотрела записку Секретариата об отдельных вопросах, касающихся электронного заключения договоров (A/CN.9/WG.IV/WP.95). В этой записке содержался также первоначальный проект, озаглавленный в предварительном порядке "Предварительный проект конвенции о [международных] договорах, заключенных или подтвержденных с помощью сообщений данных" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I).

2. На этой сессии Рабочая группа провела общий обмен мнениями относительно формы и сферы применения предварительного проекта конвенции, однако решила отложить обсуждение исключений из проекта конвенции до тех пор, пока она не получит возможность рассмотреть положения, касающиеся местонахождения сторон и заключения договоров (см. A/CN.9/509, пункты 18–40). Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению статей 7 и 14, в которых затрагиваются вопросы, касающиеся местонахождения сторон (A/CN.9/509, пункты 41–65). По завершении первоначального изучения этих положений Рабочая группа приступила к рассмотрению положений, касающихся заключения договоров и содержащихся в статьях 8–13 (A/CN.9/509, пункты 66–121). Рабочая группа завершила рассмотрение проекта конвенции на этой сессии обсуждением проекта статьи 15, касающегося доступности договорных условий (A/CN.9/509, пункты 122–125). Рабочая группа решила рассмотреть статьи 2–4, касающиеся сферы применения проекта конвенции, и статьи 5 (определения) и 6 (толкование) на своей сороковой сессии (A/CN.9/509, пункт 15).

3. Рабочая группа возобновила рассмотрение предварительного проекта конвенции на своей сороковой сессии (Вена, 14–18 октября 2002 года). Рабочая группа начала свою работу с общего обсуждения сферы применения предварительного проекта конвенции (A/CN.9/527, пункты 72–81). Затем Рабочая группа рассмотрела статьи 2–4, касающиеся сферы применения проекта конвенции, и статьи 5 (определения) и 6 (толкование) (A/CN.9/527, пункты 82–126).

4. После этого Секретариат подготовил пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.100, приложение). Рабочая группа на своей сорок первой сессии (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года) провела обзор статей 1–11 пересмотренного предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/528, пункты 26–151). К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции для обсуждения Рабочей группой на ее сорок второй сессии (Вена, 17–21 ноября 2003 года).

5. В приложении к настоящей записке содержится новый пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции, в котором отражены обсуждения, проведенные Рабочей группой на ее предыдущих сессиях, и принятые ею решения.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ[1] ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ В [МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ] [КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ]

Глава I. Сфера применения

Статья 1. Сфера применения

1. Настоящая Конвенция применяется к использованию сообщений данных[2] [в связи с заключенными или планируемыми договорами] [в контексте заключения или исполнения договоров][3] между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах:

a) когда эти государства являются Договаривающимися государствами;

b) когда согласно нормам частного международного права применимо право Договаривающегося государства[4]; или

c) когда стороны договорились о ее применении[5].

2. То обстоятельство, что коммерческие предприятия сторон находятся в разных государствах, не принимается во внимание, если это не вытекает ни из договора, ни из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами.

---

[1] Форма конвенции определяется только рабочей предпосылкой (A/CN.9/484, пункт 124), что не наносит ущерба окончательному решению Рабочей группы относительно природы документа.

[2] В последнем варианте проекта этой статьи сфера применения описывалась следующим образом: "Настоящая Конвенция применяется к [любой информации в форме сообщения данных, которая используется] [использованию сообщений данных] в контексте [сделок] [договоров] […]". Рабочая группа сочла, что выбор между вариантами, приведенными в квадратных скобках, в большей степени предоставляет собой вопрос редакционных предпочтений, чем вопрос существа (см. A/CN.9/528, пункт 41). Секретариат предлагает сохранить только вторую формулировку, поскольку проект конвенции касается лишь юридического признания использования сообщений данных в контексте договоров в отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, который регулирует вопрос о юридической значимости информации в форме сообщения данных, независимо от того, была ли информация фактически "использована" (например, как это сделано в статье 10 Типового закона, которая касается сохранения записей). Слово "сделки" исключено на основании решения Рабочей группы (там же, пункт 40). Это сделано и в других положениях, где ранее встречалась ссылка на "сделки".

[3] Альтернативная формулировка в квадратных скобках преследует цель обеспечить более тесное соответствие между данным проектом статьи и проектом статьи 8.

[4] В данном положении воспроизводится правило, содержащееся в положениях о сфере применения в других документах ЮНСИТРАЛ. Против этой нормы высказывались возражения на том основании, что такое расширение сферы действия конвенции, которое по своей природе действует ex post facto, приведет к значительному сокращению определенности в момент заключения договора (A/CN.9/509, пункт 38). На своей сорок первой сессии Рабочая группа решила сохранить этот подпункт (A/CN.9/528, пункт 42). Если он будет сохранен, Рабочей группе потребуется рассмотреть возможность включения положения, позволяющего делать оговорки к этому правилу, как это было предложено на сорок первой сессии (там же). См. также пункт 1 статьи X.

[5] Эта возможность предусматривается, например, в пункте 2 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Рабочая группа отложила принятие решения по этому подпункту до завершения рассмотрения нормоустанавливающих положений проекта конвенции (A/CN.9/528, пункты 43 и 44). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли разрешить договаривающимся государствам исключать применение этого положения посредством заявления согласно пункту 1 проекта статьи X.

3. Ни национальная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости настоящей Конвенции.

Статья 2. Исключения[6]

Настоящая Конвенция не применяется к использованию сообщений данных [в связи со следующими договорами, будь то заключенными или планируемыми] [в контексте заключения или исполнения следующих договоров]:

a) договоры, заключенные в личных, семейных или домашних целях [, если только сторона, предлагающая товары или услуги, в любое время до или в момент заключения договора знала или должна была знать, что они предназначались для любого такого использования][7];

[b) договоры, предоставляющие право на ограниченное использование прав интеллектуальной собственности;] [8]

c) [*другие исключения, которые могут быть добавлены Рабочей группой.*][9] [другие вопросы, указанные Договаривающимся государством согласно заявлению в соответствии со статьей X][10].

---

[6] Последний проект данной статьи содержал два варианта, отражающие альтернативные подходы к урегулированию вопроса о потребительских договорах. Согласно варианту A потребительские договоры исключались при использовании такого же метода, как и тот, который применен в подпункте (a) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. В варианте B содержалась отсылка к нормам внутреннего права, регулирующим вопросы защиты потребителей, причем потребительские сделки из сферы действия проекта конвенции не исключались (см. A/CN.9/527, пункт 89; см. также A/CN.9/528, пункты 51–54). В настоящем варианте данного проекта статьи сохранен лишь бывший вариант A. Бывший вариант B включен в проект статьи 3, поскольку в его нынешней формулировке его содержание в большей мере соответствует именно этому проекту статьи.

[7] Последняя формулировка заключена в квадратные скобки, поскольку предложение исключить все слова после формулировки "в домашних целях" получило определенную поддержку на сорок первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/528, пункт 52).

[8] Это исключение приводится в квадратных скобках, поскольку Рабочая группа еще не достигла согласия по данному вопросу (см. A/CN.9/527, пункты 90–93, и A/CN.9/528, пункты 55–60).

[9] В этот проект статьи могут быть включены дополнительные исключения, решение о которых может быть принято Рабочей группой. В целях содействия рассмотрению этого вопроса Рабочей группой в приложении II первоначального проекта (A/CN.9/WG.IV/WP.95) – в иллюстративных целях и без намерения представить исчерпывающий список – воспроизводятся исключения, обычно содержащиеся во внутренних законодательных актах об электронной торговле. Дополнительные исключения, которые были предложены на сороковой сессии Рабочей группы и вновь подтверждены на ее сорок первой сессии, касались некоторых имеющихся рынков финансовых услуг, на которых действуют хорошо разработанные правила, принятые в порядке регулирования или вытекающие из стандартных соглашений, практики, системных правил или из иных источников. В число таких исключений входили платежные системы, оборотные документы, производные инструменты, свопы, соглашения об обратной покупке, операции с иностранной валютой, рынки ценных бумаг и облигаций, причем, предположительно, сферой действия охватывались общие закупочные операции банков и операции кредитования (A/CN.9/527, пункт 95, и A/CN.9/528, пункт 61). На сорок первой сессии Рабочей группы было предложено дополнительно исключить "сделки с недвижимостью, а также договоры, имеющие отношение к судам или публичным органам, семейному и наследственному праву" (A/CN.9/528, пункт 63). В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что Комиссия на своей тридцать шестой сессии постановила провести работу в области публичных закупок, включая закупки с помощью электронных средств (A/58/17, пункты 225–230). Это решение может поставить под сомнение уместность общего исключения "договоров, имеющих отношение к судам или публичным органам".

Статья 3. Вопросы, не регулируемые настоящей Конвенцией

Настоящая Конвенция не затрагивает действия и не имеет преимущественной силы[11] по отношению к любой норме права, касающейся:

[a) защиты потребителей;][12]

b) действительности договора или каких-либо из его положений или любого обычая, [, если только иное не предусмотрено в статьях […]][13];

c) права и обязательства сторон, вытекающие из договора, каких-либо из его положений или любого обычая[14];

d) последствий, которые может иметь договор в отношении собственности на права, созданные или переданные договором[15].

Статья 4. Автономия сторон

Стороны могут исключать применение настоящей Конвенции либо отступать от любого из ее положений или изменять его действие [за исключением следующего: […]][16].

Глава II. Общие положения

Статья 5. Определения[17]

Для целей настоящей Конвенции:

a) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических

---

[10] Эта альтернативная формулировка снимет необходимость в подготовке общего перечня исключений (A/CN.9/527, пункт 96).

[11] Эта формулировка включена на основании высказанного на сорок первой сессии Рабочей группы мнения о том, что использовавшиеся ранее слова "Настоящая Конвенция не затрагивает …" являются неточными (A/CN.9/528, пункт 67).

[12] Проект подпункта (a) заключен в квадратные скобки, поскольку в некоторых отношениях он представляет собой альтернативу подпункту (a) статьи 2 (см. A/CN.9/528, пункт 52). Согласно этому правилу потребительские сделки не будут автоматически исключаться из сферы действия проекта конвенции, однако положения конвенции не будут заменять правила о защите потребителей или затрагивать их действие.

[13] Проект подпункта (b) сформулирован на основе подпункта (a) статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь между общими исключениями согласно данному проекту статьи и другими положениями, которые, например, подтверждают действительность сообщений данных, например, проектами статей 8, 9 и 13 (см. AC/N.9/527, пункт 103).

[14] Предварительный проект конвенции не затрагивает вытекающих из договора вопросов существа, которые для всех других целей по-прежнему регулируются применимым правом (см. A/CN.9/WG.IV/WP.25, пункты 10–12).

[15] Проект подпункта (d) основывается *mutatis mutandis* на подпункте (b) статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

[16] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности и желательности некоторого ограничения этого принципа в контексте предварительного проекта конвенции, особенно с учетом таких положений, как пункт 3 проекта статьи 9 и проекты статей 11 и 15 (см. A/CN.9/527, пункт 109; см. также A/CN.9/528, пункты 71–75). В предыдущем варианте этого проекта статьи содержался второй пункт, касавшийся согласия сторон на использование сообщений данных в договорном контексте. Это положение в настоящее время объединено с проектом статьи 8.

[17] Определения, содержащиеся в проектах подпунктов (a) – (e), взяты из статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Определение "электронной подписи" соответствует определению этого термина в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Определения "оферента" и "получатель оферты" были исключены, несмотря на решения Рабочей группы об их временном сохранении (A/CN.9/527, пункт 115). По мнению Секретариата, эти термины стали излишними с учетом измененной формулировки проектов статей 8 и 13 (см. A/CN.9/528, пункт 106).

или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;

b) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает электронную передачу с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации;

c) "составитель" сообщения данных означает какое-либо лицо, которым или от имени которого сообщение данных, как предполагается[18], было отправлено или подготовлено до хранения, если таковое имело место, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;

d) "адресат" сообщения данных означает какое-либо лицо, которое, согласно намерению составителя, должно получить сообщение данных, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;

e) "информационная система" означает систему для подготовки, отправления, получения, хранения или иной обработки сообщений данных[19];

f) "автоматизированная информационная система" означает компьютерную программу или электронные или другие автоматизированные средства, используемые для начала операции или ответа на сообщение данных или операции полностью или частично, без просмотра или участия физического лица всякий раз, когда этой системой начинается какая-либо операция или готовится какой-либо ответ[20];

[g) "электронная подпись" означает данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложенных к нему, или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы для идентификации подписавшего в связи с сообщением данных и указания на то, что подписавший согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных][21];

[h) "коммерческое предприятие"[22] означает [любое место операций, в котором лицо осуществляет не носящую временного характера деятельность,

---

[18] Формулировка этого определения взята из подпункта (c) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Секретариату было сообщено мнение о том, что слова "как предполагается" было бы предпочтительно исключить.

[19] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, требуется ли дальнейшее разъяснение этого определения с учетом вопросов, поднятых в связи с пунктом 2 бывшей статьи 11 (в настоящее время – статья 10) (см. A/CN.9/528, пункты 148 и 149).

[20] Это определение основывается на определении "электронного агента", содержащемся в разделе 2(6) Единообразного закона об электронных сделках Соединенных Штатов; аналогичное определение также используется в разделе 19 канадского Единообразного закона об электронной торговле. Это определение было включено с учетом содержания проекта статьи 14.

[21] В первоначальном проекте, содержащемся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95, в качестве варианта этого положения приводилось общее определение понятия "подпись". Хотя Рабочая группа в предварительном порядке согласилась сохранить оба варианта, Секретариат предлагает, что с учетом ограниченном сферы действия проекта конвенции было бы более целесообразно включить только определение "электронной подписи", оставив урегулирование вопроса об определении "подписи" на усмотрение права, применимого на иных основаниях, как это предлагалось на сороковой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/527, пункты 116–119).

[22] Предлагаемое определение приводится в квадратных скобках, поскольку Комиссия еще не выработала определения "коммерческого предприятия" (см. A/CN.9/527, пункты 120–122). На тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что правила определения местонахождения сторон следует расширить за счет включения таких элементов, как место учреждения или регистрации юридического лица (см. A/CN.9/509, пункт 53). Рабочая группа приняла решение о том, что она может изучить вопрос о целесообразности использования дополнительных элементов, помимо критериев, которые

охватывающую людей и товары или услуги;][23] [место, в котором сторона сохраняет стабильное предприятие для осуществления экономической деятельности, иной чем временное предоставление товаров или услуг из определенного места;][24]

[i) "лицо" и "сторона" включают физические и юридические лица;][25]

[j) другие определения, которые Рабочая группа, возможно, пожелает добавить.][26]

Статья 6. Толкование

1. При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.

2. Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящей Конвенции и которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов – в соответствии с правом, применимым [в силу норм частного международного права][27].

Статья 7. Местонахождение сторон[28]

применяются для определения местонахождения сторон, путем расширения определения "коммерческого предприятия" (см. A/CN.9/509, пункт 54). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить предлагаемые дополнительные концепции и любые другие новые элементы в качестве альтернативы элементам, используемым в настоящее время, или же только в качестве субсидиарного правила для тех юридических лиц, которые не имеют "предприятия". К числу дополнительных случаев, которые, возможно, заслуживают дальнейшего изучения Рабочей группой, могут относиться ситуации, когда наиболее значительный компонент людских ресурсов или товаров или услуг, используемых для целей той или иной коммерческой деятельности, расположен в месте, слабо связанном с центром операций компании, например, когда оборудование и персонал, используемые так называемым "виртуальным коммерческим предприятием" в одной стране, представляют собой лишь арендуемые мощности на расположенном в другом месте сервере, принадлежащем третьей стороне.

[23] Этот альтернативный вариант отражает существенные элементы концепции "коммерческого предприятия", как она понимается в международной коммерческой практике, и концепции "предприятия", как она используется в подпункте (f) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

[24] Этот вариант исходит из понимания этого термина в рамках Европейского союза (см. пункт 19 преамбулы к Директиве 2000/31/ЕС Европейского союза).

[25] В ходе подготовки Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле было сочтено, что подобное определение следует включить не в текст самого документа, а в руководство по его принятию. Поскольку конвенция в обычном порядке не будет сопровождаться пространными комментариями, предлагаемое определение было включено в ее текст в форме положения при условии, что Рабочая группа сочтет его необходимым, особенно с учетом таких положений, как подпункт 4(b) варианта B статьи 9.

[26] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении определений других терминов, таких как "подписавший" (если будет принят вариант B проекта статьи 10 (бывшая 14)), "интерактивное применение", "электронная почта" или "доменное имя".

[27] Заключительная формулировка была помещена в квадратные скобки по просьбе Рабочей группы. Аналогичные формулировки в других документах неверно толковались как разрешающие немедленную отсылку к применимому праву согласно коллизионным нормам государства суда для целей толкования соответствующих конвенций, без учета коллизионных норм, содержащихся в самих конвенциях (см. A/CN.9/527, пункты 125 и 126).

[28] Проект пункта 1 строится на основе внесенного на тридцать восьмой сессии Рабочей группы предложения о том, что все стороны электронных сделок должны быть обязаны раскрывать свое коммерческое предприятие (см. A/CN.9/484, пункт 103). Эта обязанность отражена в подпункте (b) пункта 1 проекта статьи 11. Проект пункта 1 не преследует цели создания новой концепции "коммерческого предприятия" в интерактивной среде. Формулировка в

1. Для целей настоящей Конвенции коммерческим предприятием какого-либо лица считается место, указанное этим лицом [, если только это лицо не имеет коммерческого предприятия в этом месте [и что такое указание сделано исключительно для того, чтобы обеспечить применение настоящей Конвенции или избежать ее применения]].

2. Если какое-либо лицо [не указало коммерческого предприятия и, с учетом пункта 1 настоящей статьи, какое-либо лицо][29] имеет несколько коммерческих предприятий, ее коммерческим предприятием для целей настоящей Конвенции считается то, которое с учетом обстоятельств, известных сторонам или предполагавшихся ими в любое время до или в момент заключения договора, имеет наиболее тесную связь с соответствующим договором или его исполнением.

3. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его постоянное местожительство.

4. Местонахождение оборудования и технических средств, поддерживающих информационную систему, использовавшуюся лицом в связи с заключением договора, или место, из которого может быть получен доступ к такой информационной системе другими лицами, сами по себе не образуют коммерческого предприятия [за исключением случаев, когда такое юридическое лицо не имеет коммерческого предприятия [по смыслу статьи 5(h)]][30].

5. Тот факт, что лицо использует доменное имя или адрес электронной почты, связанные с какой-либо конкретной страной, не создает сам по себе презумпции, что коммерческое предприятие такого лица находится в этой стране[31].

квадратных скобках направлена на предотвращение возникновения ситуаций, когда одна из сторон может извлечь выгоду из заведомо неточных или неправдивых заверений (см. A/CN.9/509, пункт 49), а не на ограничение способности сторон договариваться о применении конвенции или какое-либо иное вмешательство в право сторон избирать применимое право. Два варианта, которые ранее содержались в этом проекте положения, были объединены с учетом предпочтения, выраженного Рабочей группой в отношении варианта A (A/CN.9/528, пункт 88). Слова "явно и очевидно", которые, по мнению Рабочей группы, ведут к созданию юридической неопределенности (там же, пункт 86), были исключены.

[29] Секретариату было сообщено мнение о том, что презумпция, предусматриваемая в этом проекте статьи, может применяться также и в случае, когда сторона не указывает своего коммерческого предприятия. Это мнение отражено с помощью формулировки, заключенной в квадратные скобки, поскольку предусматриваемая в данном проекте статьи презумпция в других текстах ЮНСИТРАЛ использовалась только в отношении случаев, когда имеются несколько коммерческих предприятий.

[30] В этом проекте пункта отражен принцип, состоящий в том, что правила о местонахождении не должны приводить к тому, чтобы какая-либо сторона считалась имеющей коммерческое предприятие в одной стране при заключении электронных договоров и в другой стране – при заключении договоров с помощью более традиционных средств (A/CN.9/484, пункт 103). Этот проект пункта строится на основе решения, предложенного в пункте 19 преамбулы к Директиве 2000/31/ЕС Европейского союза. Цель формулировки, заключенной в квадратные скобки, состоит в урегулировании вопросов, связанных только с так называемыми "виртуальными компаниями", а не с физическими лицами, которые охватываются правилом, содержащимся в проекте пункта 3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности объединения в одном положении пунктов 4 и 5, которые она согласилась сохранить для дальнейшего обсуждения (A/CN.9/509, пункт 59).

[31] Нынешняя система присвоения доменных имен первоначально не задумывалась для строго учета географических критериев. В силу этого видимая связь между доменным именем и страной не является сама по себе достаточной для вывода о том, что между пользователем доменного имени и этой страной существует реальная и постоянная связь (см. A/CN.9/509, пункты 44–46). В то же время в некоторых странах присвоение доменных имен производится только после проверки точности информации, представленной заявителем, в том числе информации о его местонахождении в стране, к которой относится соответствующее

Глава III. Использование сообщений данных в международных договорах[32]

Статья 8[10]. Признание юридической силы сообщений данных[33]

1. Любое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают направить [в связи с заключенным или планируемым договором] [в контексте заключения или исполнения договора][34] [, включая оферту или акцепт оферты][35] могут производиться с помощью сообщений данных и не могут быть лишены действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовались сообщения данных.

[2. Ничто в настоящей Конвенции не требует от какого-либо лица использовать или принимать информацию в форме сообщений данных, однако согласие на это такого лица может быть выведено из его поведения.][36]

[3. [Положения настоящей статьи не применяются к следующему…] [Положения настоящей статьи не применяются к тем вопросам, которые были указаны Договаривающимся государством согласно заявлению, сделанному в соответствии со статьей X].][37]

Статья 9 [14]. Требования в отношении формы

[1. Ничто в настоящей Конвенции не требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить [в связи с заключенным или планируемым договором] [в контексте заключения или исполнения договора][38] предоставлялись или подтверждались [в какой-либо

доменное имя. Применительно к таким странам было бы, возможно, целесообразным полагаться, по крайней мере отчасти, на доменные имена для цели статьи 7, вопреки тому, что предлагается в данном проекте пункта (там же, пункт 58). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли расширить охват предлагаемых правил для урегулирования подобных ситуаций.

[32] Структура этой главы была изменена. Цифры в квадратных скобках после порядкового номера соответствующей статьи указывают на ее номер в предыдущем варианте проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.100).

[33] Пункты 1 и 2 были объединены с тем, чтобы избежать неоправданных повторов. Формулировка "если стороны не договорились об ином" была исключена, как и в других местах текста (см. A/CN.9/528, пункты 96 и 126).

[34] Ссылка на "заключенный или планируемый договор" была добавлена по предложению Рабочей группы (A/CN.9/528, пункт 125). Эта формулировка, равно как и альтернативная ссылка на "заключение или исполнение договора" используются и в других местах текста.

[35] Ссылка на "оферту и акцепт", заключенная в квадратные скобки, преследует цель облегчить рассмотрение Рабочей группой вопроса о возможной целесообразности объединения содержания проектов статей 8 и 13 (см. A/CN.9/528, пункт 105).

[36] В этом положении отражена идея о том, что стороны не должны принуждаться к принятию договорных оферт или к их акцепту с помощью электронных средств, если они того не желают (A/CN.9/527, пункт 108). Этот пункт первоначально содержался в проекте статьи 4 (см. сноску 15).

[37] Поскольку сфера применения проекта конвенции в настоящее время охватывает все электронные сообщения, а не только вопросы заключения договоров, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости в дополнительных конкретных исключениях. Высказывалась поддержка разработке общего перечня исключений в целях обеспечения более высокой степени единообразия в применении конвенции, однако в отношении практической возможности подготовки такого перечня выражались также и сомнения. Рабочая группа согласилась сохранить оба варианта в тексте и вернуться к рассмотрению этого вопроса на более позднем этапе (A/CN.9/528, пункт 131).

[38] Ограничение, устанавливаемое формулировкой "подпадающий под действие настоящей Конвенции", было исключено из этого проекта пункта и из других положений, с тем чтобы избежать возможных коллизий между сферой применения проекта конвенции и сферой применения других конвенций, о которых говорится в статье Y.

конкретной форме, включая письменную форму] [с помощью сообщений данных, в письменной или любой иной форме] или чтобы договор подчинялся иному требованию в отношении формы.][39]

2. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с договором, были представлены в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования[40].

3. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с договором, были подписаны, или предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

Вариант A[41]

a) использован какой-либо способ для идентификации лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и

b) этот способ является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

Вариант B[42]

… если использована электронная подпись, которая является настолько надежной, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

4. Электронная подпись считается надежной для цели удовлетворения требований, упомянутых в пункте 3 настоящей статьи, если:

a) данные для создания электронной подписи в том контексте, в котором они используются, связаны с подписавшим и ни с каким другим лицом;

b) данные для создания подписи в момент подписания находились под контролем подписавшего и никакого другого лица;

---

[39] В этом положении воспроизводится общий принцип свободы формы, содержащийся в статье 11 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, как это предлагалось на тридцать девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/509, пункт 115).

[40] В этом положении устанавливаются критерии функциональной эквивалентности между сообщениями данных и бумажными документами, аналогично тому, как это делается в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о значении терминов "законодательство" и "письменная форма" и о возможной необходимости во включении определений этих терминов (см. A/CN.9/509, пункты 116 и 117).

[41] В варианте A излагаются общие критерии функциональной эквивалентности между собственноручными подписями и электронными методами идентификации, содержащиеся в статье 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

[42] Вариант B основывается на пункте 3 статьи 6 проекта Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости в определении термина "лицо" (которое в настоящее время содержится в подпункте (i) проекта статьи 5) с учетом того факта, что устройства для удостоверения подлинности и проставления подписей могут резервироваться для использования лицом, наделенным особыми должностными функциями в рамках корпорации или другого юридического лица.

c) любое изменение, внесенное в электронную подпись после момента подписания, поддается обнаружению; и

d) в тех случаях, когда одна из целей юридического требования в отношении наличия подписи заключается в гарантировании целостности информации, к которой она относится, любое изменение, внесенное в эту информацию после момента подписания, поддается обнаружению.

5. Пункт 4 настоящей статьи не ограничивает возможности любого лица в отношении:

a) установления любым способом для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 3 настоящей статьи, надежности электронной подписи;

b) приведения доказательств ненадежности электронной подписи.

Статья 10 [11]. Время и место отправления и получения сообщений данных[43]

1. Моментом отправления сообщения данных считается момент, когда сообщение данных поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя.

2. Момент получения сообщения данных определяется следующим образом:

a) если адресат указал информационную систему для цели получения сообщений данных, сообщение данных считается полученным в момент, когда оно поступает в указанную информационную систему;

b) если адресат указал информационную систему для получения сообщений данных, однако сообщение данных направляется в другую информационную систему адресата, сообщение данных считается полученным в момент, когда сообщение данных извлекается адресатом;

c) если адресат не указал информационную систему, получение происходит в момент, когда сообщение данных поступает в какую-либо информационную систему адресата, за исключением случаев, когда…[44].

[Вариант A

… выбор составителем этой конкретной информационной системы для отправления сообщения данных был бы неразумным с учетом обстоятельств дела и содержания сообщения данных.] [или]

[Вариант B

… адресат не мог разумно ожидать, что сообщение данных будет направлено в эту конкретную информационную систему.]

3. Пункт 2 настоящей статьи применяется независимо от того, что место, в котором находится информационная система, может отличаться от места, в

---

[43] За исключением проекта пункта 4, правила, содержащиеся в этом проекте статьи, основываются на статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле с некоторыми изменениями, внесенными для согласования редакции отдельных положений с используемой в других местах проекта конвенции редакцией. Редакция пунктов 1 и 2 была изменена, поскольку предыдущие формулировки были сочтены неясными (A/CN.9/528, пункты 140, 148 и 149).

[44] Альтернативные формулировки в подпункте (c), заключенные в квадратные скобки, отражают предложения, внесенные на сорок первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/528, пункты 146 и 147). По мнению Секретариата, эти две формулировки не являются взаимоисключающими и поэтому они соединены союзом "или".

котором сообщение данных считается полученным согласно пункту 5 настоящей статьи.

4. В случае когда составитель и адресат используют одну и ту же информационную систему, и отправление, и получение сообщения данных происходят в момент, когда создается возможность для извлечения и обработки сообщения данных адресатом[45].

5. Сообщение данных считается отправленным в месте нахождения коммерческого предприятия составителя и считается полученным в месте нахождения коммерческого предприятия адресата, как они определяются в соответствии со статьей 7.

[*Статья 11 [15]. Общая информация, подлежащая представлению сторонами*[46]

Сообщения данных, используемые для рекламы или предложения товаров или услуг[47], должны содержать следующую информацию[48]:

a) имя стороны, от лица которой размещается реклама или предложение, или, для юридических лиц, полное название компании и место регистрации или учреждения[49];

---

[45] Этот проект пункта касается случаев, когда и составитель, и адресат используют одну и ту же информационную систему. В этом случае критерий, используемый в проекте статьи 1, применен быть не может, поскольку сообщение остается в системе, которая не может быть охарактеризована как "находящаяся вне контроля составителя". Предлагаемое в этом проекте пункта правило предусматривает одновременное отправление и получение сообщения данных, "когда создается возможность для его извлечения и обработки адресатом". Подобная ситуация в пункте 1 статьи 15 Типового закона не рассматривается. Предполагается, однако, что предложенное правило, которое строится на основе раздела 23(1)(a) канадского Единообразного закона об электронной торговле, не вступает в коллизию с правилами, содержащимися в статье 15 Типового закона. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли рассматривать совместное использование всемирной сети Интернет, какого-либо веб-сайта или конкретной страницы в Интернете для целей обмена сообщениями в качестве "использования одной и той же информационной системы".

[46] Этот проект статьи, который строится на основе пункта 1 статьи 5 Директивы 2000/31/ЕС Европейского союза, заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла консенсуса относительно необходимости в таком положении (см. A/CN.9/509, пункты 61–65). Этот проект статьи, в его нынешнем виде, не предусматривает каких-либо санкций или последствий для случаев непредставления стороной требуемой информации; этот вопрос Рабочей группе все еще предстоит обсудить (см. A/CN.9/509, пункт 123, и A/CN.9/527, пункт 103). Этот проект статьи будет применяться только к тем связанным с договорами сообщениям данных, которые не исключены из сферы действия проекта конвенции согласно статье 2.

[47] В предыдущем варианте этого проекта статьи использовалась формулировка "лицо, использующее сообщения данных для рекламы или предложения товаров или услуг [...]" Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не сможет ли формулировка, опирающаяся на сообщение данных и его содержание, а не на обязательство, налагаемое на соответствующее лицо, способствовать устранению обеспокоенности, выраженной в отношении, как представляется, регулирующего характера этого положения (A/CN.9/509, пункт 63). Второй пункт предыдущего варианта был исключен, поскольку "простой, прямой и постоянный доступ" подразумевается новой редакцией проекта статьи.

[48] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о желательности оговорить в этом положении порядок, в котором должна предоставляться "возможность ознакомиться" с информацией, в частности, вопрос о том, должна ли эта информация содержаться в сообщении данных или в сообщениях с предложением товаров или услуг или же в сообщении должна содержаться надлежащая ссылка на такую информацию, особенно если требуется наличие возможности ее извлечения или хранения информации адресатом.

[49] Ссылка на торговые реестры и регистрационные номера была заменена более общей ссылкой на название компании и место регистрации или учреждения.

b) географическое местонахождение и адрес, по которому расположено коммерческое предприятие этой стороны, включая адрес электронной почты и другие сведения, которые позволяют вступить с ней в контакт[50].

Статья 12[9]. Предложения представлять оферты[51]

Вариант A

1. Предложение о заключении договора, сделанное при помощи одного или нескольких сообщений данных и адресованное не одному или нескольким конкретным лицам, а являющееся в целом доступным лицам, использующим информационные системы, считается только предложением представлять оферты, если только в нем не указано намерение лица, делающего предложение, считать себя связанным в случае акцепта[52].

2. Если иное не указано лицом, делающим предложение, предложение заключить договор, сделанное посредством использования интерактивных прикладных средств для [автоматического] размещения заказов через такую информационную систему[53] является офертой и считается указывающим на намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта[54].

---

[50] Бывшие подпункты (b) и (c) этого проекта положения были объединены для облегчения прочтения.

[51] Данное положение касается вопроса, вызвавшего обширные обсуждения. На сорок первой сессии Рабочей группы было отмечено, что "в настоящее время в этой области отсутствует стандартная коммерческая практика" (A/CN.9/528, пункт 117). Соответственно, в двух вариантах отражены два существующие вида коммерческой практики. Хотя оба варианта сформулированы как субсидиарные правила, применяемые в отсутствие ясного указания на намерение сторон, в отношении их уместности в проекте конвенции были выражены сомнения (там же, пункты 117 и 118).

[52] Это положение исходит из пункта 1 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и основывается на аналогии между офертами, сделанными с помощью электронных средств, и офертами, представленными посредством более традиционных средств (см. A/CN.9/509, пункты 76–85). В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности выработки специальных правил для регулирования оферт через платформы для проведения аукционов в сети Интернет, которые во многих правовых системах считаются обязательными офертами на продажу товара лицу, назначившему самую высокую цену.

[53] В предыдущем варианте этого проекта статьи говорилось об использовании "автоматизированных информационных систем" или, как вариант, об использовании "интерактивных прикладных средств, которые, как представляется, создают возможность для автоматического заключения договора". На тридцать девятой сессии Рабочей группы было указано, что сторона, направляющая заказ, может и не иметь средств для получения информации о порядке обработки этого заказа и установления того факта, что речь идет об "автоматизированных компьютерных системах, которые создают возможность для автоматического заключения договора" или что для эффективного заключения договора или обработки заказа могут потребоваться какие-либо другие действия, например, участие человека или использование другого оборудования. Затем в отношении формулировки этого проекта пункта были высказаны критические замечания на том основании, что слова "которые создают возможность для автоматического заключения договора", которые, как представляется, позволяют сделать предположение о заключении действительного договора, были сочтены вводящими в заблуждение в контексте, касающемся действий, которые могут привести к заключению договора (A/CN.9/509, пункт 82). В данном проекте статьи говорится о прикладных программах для "размещения", а не "обработки" заказов, поскольку в центре внимания этого положения стоят элементы, очевидные для лица, размещающего заказ, а не внутреннее функционирование используемого механизма. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, позволяет ли нынешняя формулировка достичь той степени объективности, которую желала бы Рабочая группа.

[54] Правило, предложенное в варианте A, аналогично правилу, предлагаемому в юридических трудах применительно к функционированию торговых автоматов (см. A/CN.9/WG.IV/WP.95, пункт 54).

Вариант B[55]

Предложение заключить договор, сделанное при помощи одного или нескольких сообщений данных и адресованное не одному или нескольким конкретным лицам, а являющееся в целом доступным лицам, использующим информационные системы, включая предложения, сделанные посредством использования интерактивных прикладных средств для [автоматического] размещения заказов через такие информационные системы, считается приглашением представлять оферты, если ясно не указывается намерение лица, делающего предложение, считать себя связанным в случае акцепта.

Статья 13 [8]. Использование сообщений данных при заключении договоров[56]

1. [Оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью сообщений данных.] В случае, когда [при заключении договора] [для передачи оферты или акцепта оферты] используются сообщения данных, [этот договор] [заключенный договор] не может быть лишен действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовались сообщения данных[57].

Вариант A

2. В случае, когда оферта и акцепт оферты произведены с помощью сообщений данных, они вступают в силу, когда они получены адресатом[58].

Вариант B

2. В случае, если законодательство Договаривающегося государства устанавливает какие-либо последствия в связи с моментом, когда оферта или акцепт оферты достигают оферента или получателя оферты, и для передачи такой оферты или акцепта используется сообщение

---

[55] На тридцать девятой сессии Рабочей группы было указано, что предприятия, предлагающие товары или услуги через веб-сайты при использовании интерактивных прикладных средств, часто указывают на своих сайтах, что они не связаны этими офертами. Поскольку такая практика уже сложилась, решение Рабочей группы установить противоположную презумпцию было бы спорным (см. A/CN.9/509, пункт 82). В варианте B, в котором пункты 1 и 2 объединяются в единое положение, отражено это предложение и оферты товаров или услуг, даже при использовании "автоматизированной информационной системы", рассматриваются как приглашение представлять оферты (A/CN.9/528, пункт 119).

[56] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохранит ли этот проект статьи свою актуальность, если она примет решение об объединении его содержания с проектом статьи 8 (см. A/CN.9/528, пункт 105).

[57] Пункты 1 и 2 были объединены, с тем чтобы привести это положение в соответствие с новой структурой проекта статьи 8. Первое предложение было заключено в квадратные скобки, поскольку его элементы, возможно, уже охватываются заключенной в квадратные скобки формулировкой в пункте 1 проекта статьи 8. Заключенные в квадратные скобки формулировки во втором предложении предлагают два альтернативных варианта редакции данного положения.

[58] Правила данного пункта, который ранее входил в бывший проект статьи 8, отражают существо касающихся заключения договоров правил, содержащихся, соответственно, в пункте 1 статьи 15 и пункте 2 статьи 18 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Глагол "reach", который использовался в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, заменен в данном проекте статьи глаголом "receive" с тем, чтобы привести его в соответствие с проектом статьи 11, который основывается на статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли это правило действительно необходимым с учетом его материально–правового характера и ограниченной сферы действия разрабатываемого документа.

данных, то сообщение данных считается достигшим оферента или получателя оферты, когда оно получено им[59].

Статья 14 [12]. Использование автоматизированных информационных систем для заключения договоров[60]

Договор может быть заключен в результате взаимодействия автоматизированной информационной системы и какого-либо лица или взаимодействия автоматизированных информационных систем, даже если отдельные операции, осуществляемые такими системами, или достигнутое в результате их соглашение происходят без контроля со стороны какого-либо лица.

[Статья 15 [16]. Доступность договорных условий[61]

Сторона, предлагающая товары или услуги через информационную систему, которая в целом открыта для доступа лиц, использующих информационные системы[62], обеспечивает доступность сообщения или сообщений данных, содержащих договорные условия[63], для другой стороны [в течение разумного периода времени] таким образом, который создает возможность для его или их хранения и воспроизведения. [Сообщение данных считается не допускающим возможности хранения или воспроизведения, если составитель препятствует распечатке или хранению сообщения или сообщений данных другой стороной.][64]

---

[59] Этот альтернативный вариант был предложен на сорок первой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/528, пункты 105 и 106). В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли добавить параллельное положение применительно к концепции "отправления", которая – хотя она и не является преимущественным правилом в отношении заключения договоров согласно Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже – может быть уместной в случае договоров, не охватываемых этой Конвенцией, что будет зависеть от применимого права.

[60] Этот проект положения, содержание которого Рабочая группа постановила сохранить на своей тридцать девятой сессии (см. A/CN.9/509, пункт 103), развивает принцип, сформулированный в общем виде в подпункте (b) пункта 2 статьи 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Этот проект статьи не привносит ничего нового в имеющееся в настоящее время понимание юридических последствий автоматизированных сделок, заключающееся в том, что может быть произведена атрибуция договора, являющегося результатом взаимодействия одного компьютера с другим компьютером или лицом, лицу, от имени которого заключен договор (A/CN.9/484, пункт 106).

[61] Этот проект статьи, который основывается на пункте 3 статьи 10 директивы 2000/31/ЕС Европейского союза, заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла консенсуса относительно необходимости в таком положении (см. A/CN.9/509, пункты 123–125). Если это положение будет сохранено, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть в этом проекте статьи последствия неспособности стороны предоставить доступ к договорным условиям, а также оговорить надлежащие последствия. В некоторых правовых системах последствия могут заключаться в том, что договорное условие, с которым не была ознакомлена противная сторона, не будет иметь исковой силы в ее отношении.

[62] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должным ли образом описывает эта формулировка те виды ситуаций, которые она предполагала урегулировать в этом проекте статьи.

[63] Слова "и общие условия" были исключены как избыточные. В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о конкретизации этого положения применительно к тому варианту договорных условий, который требуется сохранить.

[64] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли это предложение достаточно гибким для того, чтобы позволить создание "подлинных" или "уникальных" электронных записей, применительно к которым у сторон может существовать законный интерес в недопущении возможности их воспроизведения (см. A/CN.9/509, пункт 124).

Статья 16 [13]. Ошибки в передаче электронных сообщений

Вариант A[65]

[Если стороны [прямо] не договорились об ином,][66] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и[67]

a) автоматизированная информационная система не предоставляет этому лицу возможности предупредить или исправить ошибку;

b) это лицо уведомляет другое лицо об ошибке в кратчайший практически возможный срок, когда это лицо узнает о ней, и указывает, что оно сделало ошибку в сообщении данных;

[c) это лицо предпринимает разумные шаги, включая шаги, отвечающие инструкциям другого лица о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, уничтожает такие товары или услуги; и

d) это лицо не использовало и не получало никаких материальных выгод или стоимости от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другого лица.][68]

---

[65] Этот проект пункта касается вопроса об ошибках при автоматизированных сделках (см. A/CN.9/WG.IV/WP.95, пункты 74–79). Правило, содержавшееся в пункте 1 варианта A предыдущих проектов этой статьи, строится на основе пункта 2 статьи 11 Директивы 2000/31/EC Европейского союз, который накладывает на лиц, предлагающих товары и услуги через автоматизированную информационную систему, обязательство предоставить средства для исправления ошибок во вводимой информации и устанавливает требование о том, чтобы такие средства были "надлежащими, эффективными и доступными". Против этого проекта статьи выдвигались по сути два вида возражений: одно из них состояло в том, что в проекте конвенции не следует предпринимать попыток урегулировать такой сложный материально–правовой вопрос, как вопрос оплошностей и ошибок, по которому Рабочая группа еще не пришла к окончательному решению; другое возражение состояло в том, что обязательства, предусматривавшиеся в пункте 2 статьи 14 первого варианта проекта конвенции (как он содержится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95), были сочтены носящими регулятивный или публично–правовой характер (A/CN.9/509, пункт 108). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли последнее возражение быть снято путем исключения ссылки на обязательство предоставить в распоряжение средства для исправления ошибок и установления лишь частно–правовых последствий за непредоставление таких средств.

[66] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли отход от устанавливаемого порядка на основании соглашения сторон быть прямо выраженным или же он может вытекать из молчаливого согласия, когда, например, сторона размещает заказ через автоматизированную информационную систему продавца, даже если такой стороне очевидно, что эта система не дает возможности исправить ошибки во вводимой информации.

[67] Это положение касается юридических последствий ошибок, совершенных физическим лицом при обмене сообщениями с автоматизированной компьютерной системой. Этот проект положения основывается на разделе 22 канадского Единообразного закона об электронной торговле. На тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение, что подобное положение может быть неуместным в контексте коммерческих (то есть непотребительских) сделок, поскольку право на аннулирование договора в случае существенных ошибок не всегда может предусматриваться согласно общим нормам договорного права. Тем не менее Рабочая группа постановила сохранить это положение для дальнейшего обсуждения (A/CN.9/509, пункты 110 и 111).

[68] Подпункты (c) и (d) заключены в квадратные скобки, поскольку на тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что рассматриваемые в них вопросы выходят за рамки круга вопросов заключения договоров и представляют собой отход от

Вариант B

1. [Если стороны [прямо] не договорились об ином,][69] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и автоматизированная информационная система не предоставляет ему возможности предупредить или исправить ошибку. Лицо, ссылающееся на ошибку, должно уведомить другую сторону об ошибке в кратчайший практически возможный срок и указать, что оно сделало ошибку в сообщении данных[70].

[2. Лицо не имеет права ссылаться на ошибку согласно пункту 1

a) если это лицо не предпринимает разумных шагов, включая шаги, отвечающие инструкциям другого лица о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, не уничтожает такие товары или услуги; или

b) если это лицо использовало и получало какие-либо материальные выгоды или стоимость от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другого лица.][71]

[*Другие положения по материально–правовым вопросам, которые Рабочая группа, возможно, пожелает включить.*][72]

Глава IV. Заключительные положения

[*Статья X. Заявления об исключении*[73]

1. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет связано положениями подпункта 1(b) статьи 1 настоящей Конвенции[74].

2. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет применять настоящую Конвенцию, к вопросам, указанным в его заявлении.

существующих в ряде правовых систем положений о последствиях расторжения договоров (A/CN.9/509, пункт 110).

69 См. сноску 66.

70 В этом варианте в двух пунктах объединены различные элементы, содержавшиеся в пункте 2 и подпунктах (a)–(d) пункта 3 предыдущего варианта этого проекта статьи, как об этом просила Рабочая группа (см. A/CN.9/509, пункт 111).

71 См. сноску 68.

72 Такие дополнительные положения могут касаться, помимо последствий несоблюдения тем или иным лицом проектов статей 11, 15 и 16 – вопроса, который Рабочая группа еще не рассматривала (A/CN.9/527, пункт 103) – других вопросов, которые регулируются в законодательстве об электронной торговле, например, ответственности поставщиков информационных услуг за утрату или задержку в связи с передачей сообщений данных.

73 Рабочая группа еще не завершила своих обсуждений по вопросу о возможных исключениях из сферы действия предварительного проекта конвенции согласно проекту статьи 2 (A/CN.9/527, пункты 83–98). Данный проект статьи был добавлен в качестве возможного альтернативного варианта на случай, если по вопросу о возможных исключениях из сферы действия предварительного проекта конвенции не удастся достичь консенсуса.

74 На своей сорок первой сессии Рабочая группа согласилась рассмотреть на более позднем этапе положение, позволяющее договаривающимся государствам исключать применение подпункта (b) пункта 1 статьи 1, аналогично тому, как это сделано в статье 95 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже (A/CN.9/528, пункт 42).

3. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.]

Статья Y. Обмен сообщениями согласно другим международным конвенциям[75]

1. Если иное не указано в заявлении, сделанном в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, Государство – участник настоящей Конвенции [может в любой момент заявить, что оно][76] обязуется применять положения [статьи 7 и] главы III[77] настоящей Конвенции к обмену [с помощью сообщений данных] любыми сообщениями, заявлениями, требованиями, уведомлениями или просьбами [, включая оферты и акцепты оферт], которые стороны могут пожелать сделать или которые могут от них требоваться в связи или в соответствии с:

Вариант A

… любыми из нижеследующих международных соглашений или конвенций, договаривающимся государством которых является или может стать это государство;

Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 14 июня 1974 года) и Протокол к ней (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 17 апреля 1991 года);

---

[75] Цель этого проекта статьи заключается в том, чтобы предложить возможное общее решение применительно к некоторым юридическим препятствиям электронной торговле, существующим в действующих международных документах, которые были объектом исследования, проведенного в ранее подготовленной Секретариатом записке (A/CN.9/WG.IV/WP.94). На сороковой сессии Рабочей группы было достигнуто общее согласие с этим порядком действий в той мере, в которой соответствующие вопросы носят общий характер, что имеет место по крайней мере, применительно к большинству вопросов, возникающих в связи с документами, перечисленными в варианте A (см. A/CN.9/527, пункты 33–48). В свою очередь в силу варианта B будет создана возможность для договаривающегося государства распространить применение нового документа на использование сообщений данных в контексте других международных конвенций, как это будет сочтено уместным этим договаривающимся государством. Оба варианта могут быть даже объединены (см. сноску 78).

[76] Цель формулировки, заключенной в квадратные скобки, состоит в том, чтобы придать гибкость применению данного проекта статьи, поскольку без такого разъяснения это положение может быть прочитано как означающее, что обязательство согласно данному проекту статьи должно быть принято при подписании, ратификации или присоединении и его объем не может быть расширен на более позднем этапе. Если эта формулировка будет сохранена, в статью Y потребуется, возможно, включить положение, аналогичное пункту 3 проекта статьи X.

[77] Цель прямой ссылки на материально–правовые положения проекта конвенции, содержащиеся в главе III, состоит в том, чтобы избежать создания впечатления, будто бы положения о сфере применения проекта конвенции будут затрагивать определения сферы действия других международных конвенций. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, подлежат ли также положения проекта статьи 7, ссылка на которые приводится в квадратных скобках, субсидиарному (в порядке толкования) применению в контексте других международных конвенций или могут ли эти положения затронуть существующее толкование таких конвенций.

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью–Йорк, 11 декабря 1995 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, 12 декабря 2001 года).

Вариант B

… любыми международными соглашениями или конвенциями по вопросам частного коммерческого права, договаривающимся государством которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства][78].

2. Любое государство может заявить в любой момент, что оно не будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] к международным договорам, подпадающим под действие [любых из вышеперечисленных конвенций] [одного или нескольких международных соглашений, договоров или конвенций, договаривающейся стороной которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства].

3. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

[*Общепринятые и другие заключительные положения, которые Рабочая группа, возможно, пожелает включить.*]

[78] Третья возможность может заключаться в объединении обоих вариантов таким образом, что применение пункта 1 к перечисленным конвенциям не будет наносить ущерба праву договаривающихся государств расширять применение нового документа на использование сообщений данных в контексте других международных конвенций.

C. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

(A/CN.9/WG.IV/WP.104 и Add.1-4) [Подлинный текст на английском языке]

A/CN.9/WG.IV/WP.104

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–2
II.	Вопросы, связанные с местонахождением сторон	3–26
	A. Местонахождение информационных систем	9–17
	B. Доменные имена и электронные адреса	18–20
	C. Обязанность раскрывать информацию о коммерческом предприятии?	21–26

I. Введение

1. В настоящей записке обобщаются результаты исследований, проведенных Секретариатом, по некоторым из основных вопросов, которые обсуждались Рабочей группой IV (Электронная торговля) в связи с подготовкой предварительного проекта конвенции об электронном заключении договоров[1]. Записка предназначена в помощь обсуждениям Рабочей группы на ее сорок второй сессии (Вена, 17–21 октября 2003 года).

2. Рассматриваемые в настоящей записке вопросы касаются главным образом местонахождения сторон. Позднее в качестве отдельных документов будут выпущены дополнительные справочные записки по другим вопросам, касающимся, в частности, квалификации намерения сторон, времени отправления и получения сообщений данных; удостоверение подлинности и атрибуции сообщений данных, использования автоматизированных информационных систем, а также доступности договорных условий и другой информации.

[1] Первый вариант предварительного проекта конвенции об электронном заключении договоров содержится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95. Рабочая группа рассмотрела этот текст на своих тридцать девятой (Нью–Йорк, 11–15 марта 2002 года) и сороковой сессиях (Вена, 14–18 октября 2002 года). Ход обсуждений в Рабочей группе отражен в ее докладах о работе этих сессий (A/CN.9/509 и A/CN.9/527, соответственно). Второй вариант предварительного проекта конвенции содержится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.100, который рассматривался Рабочей группой на ее сорок первой сессии (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года). Обсуждения в Рабочей группе отражены в ее докладе о работе этой сессии (A/CN.9/528), на которой Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции для рассмотрения на ее сорок второй сессии. Этот текст содержится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.103.

II. Вопросы, связанные с местонахождением сторон

3. В числе других ключевых проблем, находившихся в центре внимания Рабочей группы с момента первоначального обсуждения вопросов электронного заключения договоров, остается необходимость укрепления юридической определенности и предсказуемости. Эту задачу можно решить на основе единообразных правил, обеспечивающих определение, среди прочих факторов, международного или внутреннего характера договора, а также места его заключения. По мнению Рабочей группы, в целом было бы желательно разработать единообразные международные положения, определенные элементы которых позволяли бы сторонам заблаговременно устанавливать местонахождение своих контрагентов (A/CN.9/484, пункт 103).

4. При рассмотрении данного вопроса Рабочая группа прежде всего исходила из того, что в свете дальнейшего расширения применения электронных средств участникам торговых операций становится все более необходима возможность оперативно уточнять некоторые ключевые положения договоров и, в частности, устанавливать тот факт, на самом ли деле заключен действительный и имеющий исковую силу договор и каким законодательством он регулируется.

5. Сфера применения большинства конвенций по праву международной торговли ограничивается "международными" торговыми операциями. Решения, которые принимались на национальном и международном уровнях в целях определения "международного" характера договора включали в себя введение таких общих критериев, как наличие в договоре "существенной связи более чем с одним государством", или ссылок на более конкретные факторы, присущие "международной торговле", такие как наличие у сторон "коммерческих предприятий" или постоянного места жительства в других странах[2]. Если у какой-либо стороны имеется несколько коммерческих предприятий, то в упомянутых документах делается ссылка на коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением[3].

6. В случае, если стороны в договоре, заключенном с помощью электронных средств, прямо указывают местонахождение их соответствующих коммерческих предприятий, такое указание должно приниматься во внимание как важный, если не важнейший, критерий при определении "международного" характера договора[4]. Однако при отсутствии такого указания данное правило малоприменимо.

---

[2] Например, пункт 1 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже") (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, № 25567, p. 3; также имеется на сайте www.uncitral.org/english/texts/ sales/CISG.htm); подпункт (a) статьи 2; Конвенции об исковой давности в международной купле–продаже товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций об исковой давности") (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1511, No. 26119, p. 1); и подпункт (a) статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/50/17 и Corr.1, приложение). См. также подпункт 1(a) статьи 3 Конвенции МИУЧП о международном финансовом лизинге (www.unidroit.org/english/conventions/c-leas.htm); подпункт 1(a) статьи 2 Конвенции МИУЧП о международном факторинге (www.unidroit.org/english/conventions/c-fact.htm).

[3] Например, статья 10(a) Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже; статья 2(c) Конвенции Организации Объединенных Наций об исковой давности; пункт 2(a) статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах; пункт 2 статьи 3 Конвенции МИУЧП о международном финансовом лизинге; пункт 2 статьи 2 Конвенции МИУЧП о международном факторинге.

[4] Например, в соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

7. Определенные трудности могут также возникнуть в связи с внутренними нормами коллизионного права, в которых часто применяются понятия, широко используемые в международных конвенциях (например, "коммерческое предприятие" или предприятие, имеющее "наиболее тесную связь с договором или его исполнением"). Кроме того, возможно появление дополнительных проблем в связи с применением норм частного международного права, касающихся места заключения договора в качестве коллизионной привязки, поскольку местонахождение сторон может быть трудно установить на основе электронных сообщений, которыми они обмениваются.

8. В свете вышесказанного Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, существуют ли обстоятельства, с учетом которых может быть установлено местонахождение соответствующего коммерческого предприятия и которые могли бы служить основанием для юридической презумпции местонахождения одной из сторон.

A. Местонахождение информационных систем

9. В протоколах передачи электронных сообщений обычно не указывается местонахождение сторон, но в них часто включается другая, как представляется, объективная информация, в частности адреса Интернет–протокола (IP)[5], доменные имена[6] либо сведения о промежуточных информационных системах. В этой связи возникает вопрос о том, можно ли – и если можно, то в какой степени – учитывать такую информацию в интересах определения физического местонахождения сторон.

10. Подготовительные исследования, проведенные Секретариатом в связи с первым вариантом предварительного проекта конвенции, позволяли высказать предположение о том, что места расположения оборудования и вспомогательных технических средств могут не являться достаточными факторами для определения местонахождения сторон, поскольку они не дают достаточного указания на конечные стороны договора, могут со временем меняться или зачастую не известны или не очевидны для сторон при обмене сообщениями (A/CN.9/WG.IV/WP.95, пункт 42). Отмечалось также, что управление информационной системой и ее эксплуатация могут в полном объеме осуществляться третьей стороной или передаваться ей по договоренности. Так, например, договор от имени продавца может быть заключен с покупателем автоматически посредством компьютера поставщика Интернет–услуг (ISP), на котором размещается веб-сайт продавца. Таким образом, придание чрезмерного значения местонахождению оборудования может иметь своим нежелательным следствием привязки договора к какому-либо географическому пункту, который, хотя и имеет отношение к маршруту передачи электронных сообщений, которыми обменивались стороны, лишь в малой степени, если вообще, связан с их фактическим местонахождением[7]. Кроме того, при заключении договора с

---

[5] Адрес межсетевого протокола Интернет (IP) представляет собой 32-битный номер (128 в соответствии с шестой версией IP), по которому определяется каждый отправитель или получатель информации, направляемой в пакетах по Интернету.

[6] Доменным именем называется имя, присваиваемое цифровому IP, функционирующему как часть унифицированного указателя ресурсов (URL).

[7] Необходимость сохранения тех же определений, которые применяются в отношении сделок, совершаемых без использования электронных средств, также упоминается в директиве 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 года о некоторых правовых аспектах услуг информационного общества, в частности электронной торговли, на внутреннем рынке (*Official Journal of the European Communities* L 17, 17/07/2000 p. 0001 016), в которой указывается, что

"место учреждения поставщика услуг, должно определяться в соответствии с прецедентным правом Суда, согласно которому концепция учреждения предполагает фактическое ведение

помощью электронных средств может сложиться такое положение, когда коммерческое предприятие лица может оказаться иным, нежели коммерческое предприятие этого же лица при заключении договора с помощью других средств[8]. Рабочая группа в целом одобрила такой вывод (A/CN.9/509, пункты 50 и 57).

11. Тем не менее вполне можно представить такую ситуацию, когда электронная торговля и "новая экономика" будут связаны с операциями, которые будут полностью или в значительной степени осуществляться посредством использования информационных систем без какого-либо фиксированного "предприятия"[9] или без какой-либо связи с физическим местонахождением, иным, чем, например, место регистрации учредительных документов в соответствующем регистре. Утверждалось, что применение критериев, традиционно используемых для определения коммерческого предприятия того или иного лица, к подобным так называемым "виртуальным компаниям" было бы, возможно, неоправданным. Иными словами, уместно ли придавать юридическое значение местонахождению оборудования и технических средств, поддерживающих информационную систему, или тем местам, из которых к такой системе может быть получен доступ, в целях установления коммерческого предприятия такой "виртуальной компании?

12. На данном этапе Рабочая группа не склонна отходить от устоявшихся критериев, связанных с понятием "коммерческое предприятие" (A/CN.9/509, пункты 51–54, 56–59; см. также A/CN.9/528, пункт 93). В то же время всестороннего обсуждения вопроса о "виртуальных коммерческих предприятиях" пока не проводилось. В этой связи Рабочей группе предлагается принять к сведению аналогичную работу, проводимую другими организациями.

13. Вопрос о местонахождении предприятий, предлагающих на продажу товары и услуги с помощью электронных средств, рассматривался Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в контексте ее работы над международными аспектами налогообложения. Двадцать второго декабря 2000 года Комитет ОЭСР по налоговым вопросам утвердил изменения к комментарию к статье 5 Типовой конвенции о налогообложении доходов и капитала ("Типовая конвенция ОЭСР о налогообложении") в целях решения вопроса о применении определения постоянного предприятия, как оно понимается применительно к Типовой конвенции о налогообложении в контексте электронной торговли[10].

14. Как отмечает Комитет ОЭСР по налоговым вопросам, даже если местонахождение, в котором автоматизированное оборудование эксплуатируется предприятием, "может представлять собой постоянное предприятие в той

экономической деятельности через посредство постоянного предприятия в течение неопределенного периода времени; […] местом учреждения компании, оказыающей услуги через веб–сайт в Интернете, не является ни то место, в котором находятся технические средства, поддерживающие ее веб–сайт, ни то место, в котором этот веб–сайт является доступным; им является место, в котором эта компания осуществляет свою экономическую деятельность".

[8] Опасности установления двойного режима коммерческой деятельности в зависимости от используемых средств связи послужили одной из причин серьезной обеспокоенности Международной торговой палаты, которую она выразила в связи с текущей работой ЮНСИТРАЛ в области электронного заключения договоров (см. A/CN.9/WG.IV/WP.96; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.101).

[9] Thibault Verbiest and Maxime Le Borne, *"Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?"* (http://www.droit-technologie.org), 24 May 2002.

[10] Organisation for Economic Cooperation and Development, *Clarification on the application of the permanent establishment definition in e-commerce: changes to the commentary on the Model Tax Convention on Article 5* (имеется на сайте www.oecd.org/dataoecd/46/32/1923380.pdf, последнее посещение 3 сентября 2003 года).

стране, в которой оно расположено", необходимо проводить различие "между компьютерным оборудованием, которое может быть установлено в каком-либо месте, которое при определенных условиях может рассматриваться как постоянное предприятие, а также данными и программным обеспечением, которые используются при эксплуатации этого оборудования или хранятся в нем". В соответствии с таким толкованием веб-сайт в Интернет, представляющий собой сочетание программного обеспечения и электронных данных, "сам по себе не является материальным имуществом и поэтому не имеет местонахождения, которое может представлять собой "коммерческое предприятие", поскольку отсутствуют "такие объекты, как помещения или, в определенных случаях, механизмы или оборудование" [...], в том, что касается программного обеспечения и данных, составляющих данный веб-сайт". С другой стороны, по мнению Комитета по налоговым вопросам, "сервер, на котором размещен веб-сайт и через посредство которого к нему обеспечивается доступ, представляет собой единицу оборудования, имеющую физическое местонахождение, и такое местонахождение может таким образом представлять собой "постоянное коммерческое предприятие" компании, которая эксплуатирует данный сервер"[11].

15. Различие между веб-сайтом и сервером, на котором размещен веб-сайт и с помощью которого он функционирует, обосновывается следующими причинами:

> "[...] предприятие, эксплуатирующее сервер, может не являться предприятием, которое осуществляет коммерческие операции через веб-сайт. Так, например, широко распространена практика, когда веб-сайт, через который предприятие осуществляет свои коммерческие операции, размещен на сервере поставщика услуг Интернет (ISP). Хотя плата, выплачиваемая поставщику услуг Интернет в соответствии с такой договоренностью, может основываться на объеме памяти ЭВМ, используемой для хранения программного обеспечения и данных для веб-сайта, обычно такие договоры не предусматривают передачу сервера и его местонахождения в распоряжение предприятия [...], даже если такое предприятие сумело определить, что его веб-сайт должен размещаться на каком-либо конкретном сервере в том или ином конкретном месте. В этом случае предприятие не имеет в данном месте даже физического присутствия, поскольку веб-сайт не является материальным имуществом. В таких случаях предприятие не может рассматриваться как вступившее во владение коммерческим предприятием в силу договоренности об оказании ему услуг по размещению веб-сайта. Однако если предприятие, осуществляющее свои коммерческие операции через веб-сайт, имеет сервер в собственном распоряжении, например оно является владельцем (или арендатором) и оператором сервера, в котором размещен и используется веб-сайт, местонахождение этого сервера может представлять собой постоянное коммерческое предприятие при условии соблюдения других требований [статьи 5 Типовой конвенции налогообложений]"[12].

---

[11] Ibid., para. 42.2.

[12] Пункты 1, 2 и 4 статьи 5 ("Постоянное предприятие") Типовой конвенции о налогообложении сформулированы следующим образом:

"1. Для целей настоящей Конвенции термин "постоянное предприятие" означает постоянное коммерческое предприятие, через посредство которого предприятие полностью или частично осуществляет свои коммерческие операции.

2. Термин "постоянное предприятие" включает, в частности:

a) местонахождение управленческого аппарата;

b) отделение;

c) контору;

d) фабрику;

e) цех, и

16. Комитет ОЭСР по налоговым вопросам подчеркивает, что для проведения различия между веб-сайтом и сервером, на котором он размещается, важно установить место осуществления основных функций коммерческого предприятия в отличие от вспомогательных видов деятельности (как, например, обеспечение линии связи между поставщиками и клиентами; рекламирование товаров или услуг; передача информации через зеркальный сервер в интересах обеспечения безопасности и эффективности; сбор рыночной информации для предприятия; или предоставление информации). В этой связи приводится следующее пояснение:

> "42.9 Основные функции того или иного конкретного предприятия очевидно определяются характером его коммерческой деятельности. Так, например, некоторые поставщики услуг Интернет осуществляют коммерческую эксплуатацию собственных серверов в целях размещения на них веб-сайтов и прочих прикладных ресурсов других предприятий. Применительно к таким поставщикам услуг Интернет эксплуатация собственных серверов с целью оказания услуг клиентам является одним из основных компонентов их коммерческой деятельности и не может рассматриваться как подготовительная или вспомогательная деятельность. Другим примером является предприятие (иногда именуемое "электронным продавцом"), занимающееся продажей товаров через Интернет. В данном случае предприятие не занимается коммерческой эксплуатацией серверов, и один лишь факт, что оно может заниматься этим в том или ином конкретном местонахождении, не является достаточным основанием для вывода о том, что его деятельность в данном местонахождении носит более чем подготовительный или вспомогательный характер. В таком случае необходимо выявить характер мероприятий в этом местонахождении в свете коммерческих операций данного предприятия. Если такие мероприятия носят всего лишь подготовительный или вспомогательный характер по отношению к продаже товаров через Интернет (например, данное местонахождение используется для эксплуатации сервера, на котором расположен веб-сайт, используемый, как это часто бывает, исключительно для рекламных целей, демонстрации каталога товаров или предоставления информации потенциальным покупателям), […] то данное местонахождение не будет представлять собой постоянное предприятие. Если же в этом местонахождении выполняются торговые типичные

---

f) шахту, нефтяную или газовую скважину, карьер или любое другое место добычи природных ресурсов.

[…]

4. Без ущерба для предыдущих положений настоящей статьи термин "постоянное предприятие" рассматривается как не включающее в себя:

a) использование объектов исключительно для целей хранения, показа или доставки товаров, принадлежащих предприятию;

b) поддержание запасов товаров, принадлежащих предприятию, исключительно для целей хранения, показа или доставки;

c) поддержание запасов товаров, принадлежащих предприятию, исключительно для целей переработки другим предприятием;

d) содержание постоянного коммерческого предприятия исключительно для цели закупки товаров или сбора информации для предприятия;

e) содержание постоянного коммерческого предприятия исключительно для целей осуществления в интересах предприятия любой другой деятельности подготовительного или вспомогательного характера;

f) содержание постоянного коммерческого предприятия исключительно для осуществления упомянутых в подпунктах (a)–(e) видов деятельности в том или ином их сочетании при условии, что общая деятельность постоянного коммерческого предприятия в результате сочетания упомянутых видов деятельности носит подготовительный или вспомогательный характер.

[…]."

функции (например, заключение договора с клиентом, оформление платежа и доставка товаров осуществляются в автоматическом режиме с помощью расположенного в данном местонахождении оборудования), то такие мероприятия не могут рассматриваться как всего лишь подготовительные или вспомогательные".

17. Из вышеприведенного пояснения явствует, что для целей налогообложения сервер может считаться постоянным предприятием лишь при соблюдении очень жестких условий. Хотя термин "коммерческое предприятие" в том виде, в котором он в общем плане определяется в частном праве, не обязательно совпадает с понятием "предприятие" во внутреннем и международном налоговом праве, Рабочая группа может, тем не менее, пожелать рассмотреть вопрос о том, в какой мере пояснения Комитета ОЭСР по налоговым вопросам содержат элементы, которые могут быть использованы в связи со статьей 7 предварительного проекта конвенции.

B. Доменные имена и электронные адреса

18. Еще один смежный вопрос состоит в том, в какой степени можно учитывать адрес, с которого были направлены электронные сообщения, для определения местонахождения стороны, с тем чтобы при наличии адресов, замыкающихся на домене, имена, увязанные с конкретными странами (такие, как адреса, заканчивающиеся на ".at" для Австрии, ".nz" "для Новой Зеландии и т.д."), можно было считать, что сторона имеет свое коммерческое предприятие в соответствующей стране.

19. В ходе обсуждений в Рабочей группе было отмечено, что в некоторых странах присвоение доменных имен производится только после проверки достоверности информации, представленной заявителем, включая его местонахождение в стране, к которой относится соответствующее доменное имя. Применительно к таким странам, вероятно, было бы целесообразно, по крайней мере отчасти, полагаться на доменное имя для установления местонахождения стороны (A/CN.9/509, пункт 58). Однако в странах, где такая проверка не проводится, адрес электронной почты или доменное имя не могут автоматически рассматриваться как функциональный эквивалент физического местонахождения коммерческого предприятия какой-либо стороны[13]. Кроме того, в некоторых сферах коммерческой деятельности компании часто продают товары или услуги через различные региональные веб-сайты с доменными именами, связанными со странами, в которых такие компании не имеют "коммерческого предприятия" в традиционном понимании этого термина. Кроме того, товары, заказанные с любого такого веб-сайта, могут доставляться со складов, организованных в целях снабжения какого-либо конкретного региона и физически расположенных в иной стране, чем та, которая связана с соответствующим доменным именем.

---

[13] По данным Корпорации по присвоению имен и адресов в Интернет (ICANN) присвоение имен доменам верхнего уровня (TLDs), включая код страны (ccTLDs) "делегируется назначенным управляющим, которые эксплуатируют ccTLDs в соответствии с политикой на местах, в максимально возможной степени соответствующей экономическим, культурным, лингвистическим и правовым условиям соответствующей страны или территории" (www.icann.org/tlds/). Вполне очевидно, что каждая страна разрабатывает собственные подробные правила присвоения доменных имен в рамках своей юрисдикции. Так, например, шведская система регистрации доменных имен предусматривает представление доказательств права компании на доменное имя и его связь со страной, в то время как более "либеральные" системы, такие, в частности, как в Германии, требуют лишь присутствия в стране "контактного лица" (см. Frederik Roos, " 'First come, not served': domain name regulation in Sweden", *International Review of Law Computers and Technology*, vol. 17, No. 1, p. 70).

20. Рабочая группа, возможно, пожелает более пристально рассмотреть ту роль, которую могут играть доменные названия и адреса электронной почты в установлении презумпции местонахождения стороны, а также вопрос о том, как должна формулироваться такая презумпция с учетом различий во внутренних системах и в практике присвоения доменных имен. Рабочей группе, в частности, следует иметь в виду особую ситуацию с использованием "неконкретизированных" доменов высшего уровня[14], в частности ".com" или ".net". Подобные доменные имена и адреса электронной почты не имеют какой-либо связи с конкретной страной, поскольку система присвоения доменных имен веб-сайта в сети Интернет не разрабатывалась в строгой географической привязке.

C. Обязанность раскрывать информацию о коммерческом предприятии?

21. Из вышесказанного следует, что связанная с электронными сообщениями второстепенная информация, в частности адреса поставщиков услуг Интернет, доменные имена или указание географического местонахождения информационных систем, не всегда может быть полезна для определения физического местонахождения сторон.

22. Один из подходов, рассматриваемых Рабочей группой, предполагает установление требования о том, чтобы стороны электронных сделок четко указывали местонахождение своих соответствующих коммерческих предприятий, как это предусматривается в пункте 1 статьи 7 и подпункте 1(b) статьи 11 предварительного проекта конвенции. Однако в связи с этим предложением возник ряд вопросов, например, вопрос о том, в какой степени такая обязанность, не предусмотренная в отношении международных сделок, оформляемых в письменном виде, может повлечь за собой определенный дуализм правовых режимов (см. документ A/CN.9/509, пункт 63). Вызывает также обеспокоенность и вопрос о том, какие юридические последствия могут иметь недостаточная точность или отсутствие такой информации и каким образом этот момент может решаться в международном единообразном документе об электронном заключении договоров без чрезмерного вмешательства в базовое правовое регулирование договорных отношений (A/CN.9/509, пункты 44–50 и 62–65; A/CN.9/528, пункты 83–91).

23. Рабочая группа может также принять к сведению, что, хотя в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже товаров аналогичное обязательство о раскрытии такой информации не предусматривается, в целом ряде других документов содержатся положения, устанавливающие обязательство сторон сообщать информацию о своем коммерческом предприятии. Здесь, частности, можно сослаться на пункт 1(c) статьи 15 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов ("Гамбургских правил")[15] и, по крайней мере косвенно, на пункт 1 статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (резолюция 50/48 Генеральной Ассамблеи, приложение). Однако, даже при понимании того, что эти положения действуют в отношении требуемого содержания конкретных документов, предусматриваемых этими конвенциями, как представляется, не существует доводов *prima facie* в пользу отказа от аналогичных правил в контексте предварительного проекта конвенции в той

[14] "Неконкретизированные" TLDs регистрируются непосредственно через аккредитованных ICANN-регистраторов (более подробную информацию об этой системе см. на сайте www.iana.org/cctld/cctld.htm).

[15] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1695, No. 29215, p. 3.

мере, в которой статья 11 этого проекта касается информации, которая должна сообщаться при совершении коммерческих операций.

24. Невыполнение стороной положений проекта пункта 11 отнюдь не обязательно должно иметь своим следствием признание сделки недействительной или не имеющей исковой силы, так как такое решение, как указывалось, "было бы нежелательным и представляло бы собой чрезмерное вмешательство в отношения между сторонами" (A/CN.9/509, пункт 63). Так, например, в пункте 3 статьи 15 Гамбургских правил четко предусмотрено, что отсутствие в коносаменте каких-либо требуемых данных "не влияет на юридический характер документа как коносамента при условии, однако, что он удовлетворяет установленным требованиям". При этом могут быть предусмотрены другие последствия в интересах придания статье 11 предварительного проекта конвенции конструктивной направленности.

25. Одно из возможных последствий может быть увязано со сферой применения проекта конвенции. Например, может быть установлена презумпция, что сторона, которая не раскрывает информацию о своем коммерческом предприятии, согласилась на то, чтобы на договор распространялось действие проекта конвенции, если другая сторона находится в каком-либо договаривающемся государстве и применимым правом является право договаривающегося государства. Разумеется, подобное решение будет эффективным лишь в том случае, если применение конвенции будет оговорено соглашением сторон, даже если обе они не находятся в договаривающихся государствах, а эту возможность Рабочая группа еще не изучила в полном объеме (A/CN.9/528, пункты 43 и 44).

26. Судебные решения могут предусматривать и другие правовые последствия преднамеренного или неумышленного неисполнения стороной требования о раскрытии информации о ее коммерческом предприятии. В частности, недавно при рассмотрении одного из дел суд в Соединенных Штатах Америки признал действительность представления процессуальных документов одной иностранной компании по электронным средствам связи на том основании, что эта иностранная компания построила свою коммерческую деятельность таким образом, что с ней можно связаться только через ее адрес электронной почты, и не указала какого-либо легко определяемого обычного почтового адреса[16]. Такое

[16] Дело *"Рио Пропертис, инк". против "Рио Интернэшнл интерлинк"*, рассматривавшееся в апелляционном суде Соединенных Штатов Америки по девятому округу 17 января 2002 года (284 F.3d 1007). Данное дело связано с различными исками американской компании к работающему через Интернет зарубежному коммерческому предприятию по поводу нарушений товарного знака. После неудачных попыток вручить ответчику требования обычными средствами в Соединенных Штатах Америки истец в чрезвычайном порядке внес предложение о вручении процессуальных документов по электронной почте, которая была указана как предпочтительное средство связи ответчика. Окружной суд удовлетворил это предложение. Окружной суд в отсутствие ответчика принял решение в пользу истца в связи с нарушением приказа суда о явке для разбирательства. Ответчик оспорил обоснованность действий по передаче уведомления по электронной и по обычной почте в соответствии с правилом 4(f)(3) Федеральных гражданско–процессуальных правил. Это правило позволяет вручить уведомление в любом месте, не входящем в какой-либо из судебных округов Соединенных Штатов Америки "с помощью... средств, не запрещенных международным соглашением, в соответствии с указанием суда". Апелляционный суд признал, что не только вручение уведомления по электронной почте было правомерным, т.е. исходящим из разумного предположения об оповещении ответчика о заявленном против него иске и предоставлении ему возможности ответить на исковые требования, но и в данном конкретном случае такой метод вручения уведомления с наибольшей вероятностью позволял связаться с ответчиком. В этой связи суд отметил, что ответчик "так организовал свое коммерческое предприятие, что с ним можно было связаться только по электронной почте" и что он "не указал какого-либо обычного почтового адреса, который можно было бы легко установить". Вместо этого на своем веб-сайте и в печатных информационных материалах

решение напрямую не вписывается в контекст документа, регулирующего вопросы международной торговли. Тем не менее подобные судебные решения служат примером того вида правовых последствий, которые Рабочая группа, возможно, пожелает изучить, а именно установить презумпцию согласия на получение сообщений или предусмотренных законом уведомлений через ту или иную конкретную информационную систему применительно к сторонам, не сообщающим какой-либо иной информации о своих коммерческих предприятиях.

ответчик "указал свой адрес электронной почты как предпочтительный для установления с ним контакта".

Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах 1–17

A. Определение намерения сторон: оферты и приглашения представлять оферты 2–17

1. "Оферты" и "реклама" в электронной торговле 4–7

2. Обсуждение в рамках Рабочей группы 8–10

3. Решения судов по конкретным делам 11–17

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах

1. В настоящей главе рассматриваются две группы вопросов общего характера, касающихся заключения договоров с помощью электронных средств. В разделе A ниже проводится обсуждение возможных способов применения традиционных концепций оферты и акцепта при заключении договоров с помощью электронных средств. В разделе B, который содержится в еще одном добавлении (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2), проводится рассмотрение вопросов, связанных с моментом передачи сообщений, в том числе с моментами получения и отправления оферты и акцепта.

A. Определение намерения сторон: оферты и приглашения представлять оферты

2. В пункте 1 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже")[1] предусматривается, что предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, является офертой, если оно достаточно определено и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. В то же время в пункте 2 этой статьи предусматривается, что иное предложение, чем предложение, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, рассматривается лишь как приглашение делать оферты, если только иное прямо не указано лицом, сделавшим такое предложение.

[1] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, p. 3 (также имеется на сайте www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm).

3. В условиях обращения бумажных документов реклама в газетах, на радио и телевидении или в каталогах, брошюрах и прейскурантах обычно рассматривается как приглашение представлять оферты (причем, по мнению некоторых правоведов, даже в случаях, когда она направлена на конкретную группу потребителей), поскольку в подобных случаях считается, что намерение быть связанным отсутствует[2].

1. "Оферты" и "реклама" в электронной торговле

4. Если используемое в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже понятие "оферта" перенести в электронную среду, то компания, рекламирующая свои товары или услуги в сети Интернет или в других открытых сетях, должна рассматриваться лишь как приглашающая лица, имеющих доступ к соответствующему сайту, делать оферты. Таким образом, предложение товаров или услуг через Интернет не будет *prima facie* представлять собой связывающей оферты[3].

5. Трудность, которая может возникнуть в этом контексте, связана с вопросом о том, каким образом могут быть сбалансированы аспекты возможного существования (или отсутствия) намерения торговца быть связанным офертой, с одной стороны, и защитой добросовестно полагающихся сторон – с другой. Интернет предоставляет возможность адресовать конкретную информацию практически неограниченному кругу лиц, а современная технология позволяет заключать договоры практически мгновенно, или, по крайней мере, создает впечатление того, что договор был заключен.

6. В юридической литературе высказывалось мнение, что парадигма "приглашение к переговорам" может и не подходить для бездумного перенесения в условия Интернета. Один из возможных критериев для проведения различия между связывающей офертой и приглашением к переговорам может основываться на характере прикладных систем, используемых сторонами. В юридических трудах, посвященных электронному заключению договоров, предлагалось проводить различие между веб–сайтами, на которых предлагаются товары или услуги с помощью интерактивных прикладных систем, и теми сайтами, на которых используются неинтерактивные прикладные системы. Если веб–сайт только предлагает информацию о компании и ее продукции и любые контакты с потенциальными клиентами выводятся за рамки электронной среды, различий с обычной рекламой практически не имеется. Однако веб–сайт в сети Интернет, который использует интерактивные прикладные системы, может предоставлять возможности для переговоров и немедленного заключения

---

[2] John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed. (Kluwer, Deventer, 1991), pp. 195-196; Ernst von Caemmerer and Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2nd ed. (München, 1995), art. 14, Nos. 13-15, pp. 144-146; Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Clarendon Press, Oxford, 1998), art. 14, Nos. 13-15, pp. 111-112; Heinrich Honsell, ed., *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, (Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1997), art. 14, Nos. 17-19, p. 121; Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law* (Oceana, New York/London/Rome, 1992), p. 83; и Maria del Pilar Perales Viscasillas, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Valencia, 1996), p. 289. В то же время, по мнению ряда комментаторов, рассылка каталожных предложений по адресам поименованных получателей может рассматриваться в качестве связывающей оферты, поскольку такие сообщения не могут быть сочтены сообщениями, "не адресованными конкретным лицам" (Vicent Heuzé, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., Paris, 2000), No. 175, p. 156; см. также Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., Paris, 1990), No. 62, p. 58, и Jean Thieffry and Chantal Granier, *La vente internationale*, 2nd ed. (Centre français du commerce exterieur, Paris, 1992), p. 89).

[3] Jens Werner, “E-Commerce.CO.UK: local rules in a global net: online business transactions and the applicability of traditional English contract law rules”, *International Journal of Communications Law and Policy*, No. 6, winter 2000/2001, p. 5.

договора (а в случае виртуальных товаров даже для незамедлительного исполнения). В правовых трудах по электронной торговле высказывалось предположение о том, что такие интерактивные прикладные системы могут рассматриваться в качестве оферты, "открытой для акцепта до истощения запасов", а не в качестве "приглашения к переговорам"[4].

7. По крайней мере, на первый взгляд, это предложение отвечает юридическим концепциям применительно к традиционным сделкам. Так, концепция публичных оферт, имеющих обязательную силу для оферента "до истощения запасов", признается и в отношении международных сделок купли–продажи[5]. В то же время потенциально неограниченный охват Интернета и риск ошибок при передаче электронных сообщений, в том числе при размещении ценовой и другой связанной с продукцией информации на веб–сайте, что к тому же осложняется использованием автоматических функций ответа, не предоставляющих возможности для пересмотра и исправления ошибок, свидетельствуют, как представляется, в пользу проявления осторожности[6].

2. Обсуждения в рамках Рабочей группы

8. В конечном итоге все сводится к вопросу о распределении риска: должен ли продавец быть связан "офертой", поскольку она создает впечатление связывающей оферты и не содержит указаний на иное? И, альтернативно, должен ли покупатель нести риск того, что он может упустить другие коммерческие возможности в результате доверия к предложению, которое представлялось связывающей офертой?

9. Аргументы в пользу установления субсидиарной презумпции обязывающего намерения, которая была бы увязана с использованием интерактивных прикладных систем, включали указание на цель укрепления юридической определенности в международных сделках. Отмечалось, что стороны, действующие на основании предложений товаров или услуг, сделанных с помощью использования интерактивных договорных прикладных систем, могут исходить из предположения о том, что предложения, сделанные через такие системы, представляют собой твердые оферты и что, размещая заказ, они могут заключать договор, который в момент размещения является обязывающим. Указывалось, что эти стороны должны иметь возможность полагаться на это разумное представление с учетом потенциально значительных экономических последствий невыполнения договора, особенно в связи с распоряжениями о закупке ценных бумаг, сырьевых товаров или иных товаров, для которых характерны весьма быстрые колебания цен. Субсидиарное правило могло бы способствовать укреплению прозрачности в торговой практике путем поощрения коммерческих предприятий к ясному указанию на то, соглашаются ли они быть связанными акцептом оферт товаров или услуг или же они просто публикуют приглашения представлять оферты (A/CN.9/509, пункт 81).

10. Противоположная точка зрения состоит в том, что увязка презумпции обязывающего намерения с использованием интерактивных прикладных систем по заключению договоров нанесет ущерб продавцам с ограниченными запасами

---

[4] Christoph Glatt, “Comparative issues in the formation of electronic contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, spring 1998, p. 50.

[5] Von Caemmerer and Peter Schlechtriem, op. cit., p. 144; del Pilar Perales Viscasillas, op. cit., p. 295 и пример из испанского законодательства, приведенный в сноске 41.

[6] Werner (op. cit., p. 5) обращает внимание на практическую важность проведения различия между приглашениями к переговорам и офертами с помощью следующего примера: "Электронный продавец "Аргос" по ошибке предложил телевизор "Сони" за 3 долл. США вместо 299,99 долл. США. Люди, обратившие внимание на это выгоднейшее предложение, сделали многочисленные заказы на телевизоры, что рассматривалось бы в качестве акцепта (и, таким образом, заключения договора), если бы реклама "Аргоса" в Интернете считалась бы истинной офертой".

определенных товаров, если продавец не сможет выполнить всех заказов на закупку, полученных от потенциально неограниченного числа покупателей. Кроме того, приводился аргумент о том, что подобное правило может вступить в противоречие с коммерческой практикой, поскольку компании, предлагающие товары или услуги в сети Интернет, обычно указывают на своих веб–сайтах, что они не связаны этими рекламными предложениями (A/CN.9/509, пункт 82; см. также A/CN.9/528, пункты 116 и 117).

3. Решения судов по конкретным делам

11. С целью содействия рассмотрению последствий принятия того или иного решения Рабочая группа, возможно, пожелает отметить принципы, которые были разработаны по этому вопросу национальными судами. В целом недавние судебные решения по делам, связанным с офертами материальных товаров через сеть Интернет, подтверждают, как представляется, такое понимание[7]. Однако некоторые дела свидетельствуют, как представляется, о том, что определенные виды коммерческой деятельности, проводимой через Интернет, могут требовать выработки специальных правил, как это обсуждается ниже.

a) *Соглашения "click–wrap" ("щелчок и готово")*

12. Одна группа таких судебных решений связана с делами, касающимися так называемых соглашений "щелчок и готово" в Соединенных Штатах Америки. Большинство – если не все – подобных случаев связаны с договорами с поставщиками Интернет–услуг или совершенными в режиме он–лайн покупками программного обеспечения или другой информации в цифровом виде через веб–сайты, которые позволяют сгружать программное обеспечение в режиме он–лайн или обеспечивают незамедлительное подключение к поставщику услуг по доступу к Интернет[8]. Пользователям обычно направлялись сообщения на экран их компьютеров с указанием выразить согласие с условиями лицензионного соглашения путем щелчка кнопкой мыши по иконе. Соответствующий продукт не мог быть получен или использован до момента такого щелчка по иконе на экране компьютера. Центральный вопрос в таких делах касался исковой силы договорных условий, которые, как утверждалось, были включены путем ссылки, а также обстоятельств, при которых потребитель может быть юридически действительно связан такими условиями. Хотя эти дела непосредственно не затрагивали вопрос о характере оферты продавца (т.е. о том, было ли его предложение действительной офертой или лишь приглашением к переговорам), логика, которой придерживались суды при рассмотрении этих дел, предполагала определенное понимание характера сообщений, для определения которых может быть использовано понятие "оферта".

---

[7] Amtsgericht Butzbach, Case No. 51 C 25/02 (71), 14 June 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 348/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020348.htm); Oberlandesgericht Frankfurt, 20 November 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Amtsgericht Westerburg, Case No. 21 C 26/03, 14 March 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm); и Landgericht Köln, Case No. 9 S 289/02, 16 April 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm) (все эти страницы были посещены 9 сентября 2003 года).

[8] См. *Lawrence Groff v. America Online, Inc.*, Superior Court of Rhode Island, 27 May 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (legal.web.aol.com/decisions/dlother/groff.html; посещено 3 сентября 2003 года); *Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie*, United States District Court for the Northern District of California, 16 April 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al*, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 2 July 1999 (New Jersey Superior Court Reports, vol. 323, p. 118); и *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.*, United States District Court, District of Massachusetts, 2 January 2002 (Federal Supplement, 2nd series, vol. 183, p. 328).

13. Во-первых, суды, рассматривавшие до настоящего времени дела "щелчок и готово", даже в случае, когда исковая сила подобных соглашений в отношении потребителей не признавалась[9], будь то полностью или применительно к некоторым условиям, не ставили под сомнение намерение продавца быть связанным своим Интернет–предложением программного обеспечения или аналогичных продуктов. Кроме того, хотя некоторые суды поставили под сомнение юридическую силу выражения согласия с условиями соглашений о лицензировании программного обеспечения продавца путем щелчка кнопкой мыши по иконе или оболочке "я согласен", они не требовали совершения продавцом каких-либо последующих действий в качестве условия заключения договора. Суды также не оспаривали наличия договора на том основании, что действия потребителя представляли собой договорную оферту, которая должна была быть принята продавцом. Таким образом, логика суда подразумевала, что – по крайней мере теоретически – действительный договор может быть заключен после того, как клиент юридически действительным образом указал на свое намерение купить программное обеспечение. Суды не рассматривали клиента в качестве фактического оферента и, очевидно, – хотя на это прямо и не указывалось – считали предложения, размещенные на веб-сайте, обязательствами, связывающими продавца, а не простыми приглашениями вступить в переговоры.

14. Может быть приведен довод о том, что тот факт, что предложенные продукты или услуги позволяли произвести немедленную доставку продавцом или немедленное использование потребителем, явился решающим фактором для вынесения судом определения о заключении договора через действия потребителя без необходимости в последующем "акцепте" со стороны продавца, даже если в подобных делах суды прямо и не говорили об этом. Тем не менее Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в какой мере другие ситуации могут быть урегулированы аналогичным образом.

b) Аукционы в сети Интернет

15. Вторая группа прецедентов касается Интернет–аукционов и связана как с аукционами между коммерческой стороной и потребителями, так и аукционами между коммерческими партнерами. В одном из самых ранних случаев окружной суд в Германии счел, что лицо, предложившее товары на платформе в сети Интернет, предназначенной для проведения аукционов, не сделало связывающей оферты, а лишь предложило представлять оферты в отношении товаров в течение указанного срока[10]. Это решение было впоследствии отменено апелляционным судом, который счел, что реклама товаров для целей аукциона через платформу в сети Интернет, предназначенную для проведения аукционов, представляет собой нечто большее, чем приглашение вступить в переговоры и должно рассматриваться в качестве связывающей договорной оферты[11]. Такая оферта не представляет собой открытого обязательства принять неограниченное число оферт, поскольку она ограничивается принятием остающегося в силе предложения с наиболее высокой ценой в конце срока проведения аукциона. Электронные процедуры аукциона предоставляют достаточные средства для

---

[9] Например, *Specht v. Netscape Communications Corp.*, Federal Supplement, 2nd series, vol. 150, p. 585, подтверждено в *Specht v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1 October 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 306, p. 17.

[10] Landgericht Münster, Case No. 4 O 424/99, 21 January 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm; посещено 1 сентября 2003 года).

[11] Oberlandesgericht Hamm, Case No. 2 U 58/00, 14 December 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000255.htm); посещено 1 сентября 2003 года).

определения цены, и, таким образом, имеются в наличии все существенные элементы связывающей оферты для заключения договора купли–продажи.

16. Этого понимания придерживались и другие суды Германии[12], и оно было также подтверждено Федеральным судом (Bundesgerichtshof), который прямо утвердил принцип, состоящий в том, что оферта товаров для целей аукциона через платформу в сети Интернет, предназначенную для проведения аукционов, с указанием на то, что продавец обязуется принять имеющую силу заявку с наиболее высокой ценой, представляет собой юридически действительный заблаговременный акцепт наиболее высокой заявки, а не только приглашение вступить в переговоры[13]. Апелляционный суд в Соединенных Штатах пришел по сути к такому же заключению в деле, связанном с аукционом на доменное имя, который проводился через Интернет. Суд установил, что характеризация ex post facto одной из сторон содержания своего веб-сайта как "простой рекламы" сама по себе не исключала связывающего характера обязательства продать определенный предмет лицу, предложившему наиболее высокую цену в течение установленного срока[14].

17. Здесь отнюдь не высказывается предположение о том, что эти судебные решения полностью перевернут правило, которое в настоящее время отражено в варианте B статьи 12 предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Тем не менее Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, потребует ли вариант B проекта статьи 12, если он будет сохранен Рабочей группой, дополнительных разъяснений, с тем чтобы избежать нанесения ущерба действию принципов, которые были разработаны национальными судами.

---

[12] Amtsgericht Hanover, Case No. 501 C 1510/01, 7 September 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm; посещено 1 сентября 2003 года).

[13] Bundesgerichtshof, Case No. VIII ZR 13/01, 7 November 2001, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm; посещено 1 сентября 2003 года).

[14] *Je Ho Lim v. The TV Corporation International*, (State) Court of Appeal of California, 24 June 2002, 99 Cal. App. 4th 684.

Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах 1–38

B. Время получения и отправления сообщений данных и заключение договоров 1–38

1. Правила, касающиеся заключения договоров 3–9

2. Время отправления и получения сообщений данных 10–38

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах

B. Время получения и отправления сообщений данных и заключение договоров

1. В своем нынешнем варианте предварительный проект конвенции не ограничивается заключением договоров с помощью электронных средств и более широко затрагивает использование сообщений данных "в связи с заключенными или планируемыми договорами" или "в контексте заключения или исполнения договоров" (см. документ A/CN.9/WG.IV/WP.103, приложение, статья 1, пункт 1). Соответственно, правила, касающиеся времени отправления и получения сообщений данных и содержащиеся в статье 10 предварительного проекта конвенции, предназначаются для применения к сообщениям, обмен которыми имел место до или после заключения договора, или даже в том случае, когда в конечном счете никакой договор не был заключен.

2. Когда стороны договариваются с помощью более традиционных способов, действительность сообщений, которыми они обмениваются, зависит от различных факторов, в том числе от времени их получения или отправления в соответствующих случаях. Хотя правовые системы некоторых стран имеют общие правила, касающиеся юридической силы сообщений в контексте договоров, во многих правовых системах общее правило вытекает из конкретных правил, которые регулируют действительность оферты и акцепта для целей заключения договоров. Стоящий перед Рабочей группой важнейший вопрос заключается в том, каким образом можно сформулировать правила, касающиеся времени получения и отправления сообщений данных, которые надлежащим образом переносят в контекст предварительного проекта конвенции существующие правила, касающиеся других средств связи.

1. Правила, касающиеся заключения договоров

3. В правилах, касающихся заключения договоров, зачастую проводится различие между "мгновенными" и "немгновенными" сообщениями оферты и акцепта или же между сообщениями, которыми обмениваются стороны, находящиеся в одном и том же месте в одно и то же время (*inter praesentes*), или сообщениями, обмен которыми происходит на расстоянии (*inter absentes*). В типичном случае, если только стороны не обмениваются "мгновенными" сообщениями или не ведут переговоры лично, договор будет заключен тогда, когда "оферта" на заключение договора была прямо или косвенно "акцептована" стороной или сторонами, которым она была адресована.

4. Если оставить в стороне возможность заключения договора путем исполнения или с помощью других действий, подразумевающих акцепт[1], который обычно сопряжен с установлением фактов, то фактором, определяющим заключение договора в том случае, когда сообщения не являются "мгновенными", является момент времени, в который акцепт оферты становится действительным. В настоящее время существуют четыре главных теории, определяющих момент времени, в который акцепт становится действительным в соответствии с общими положениями договорного права, хотя они и применяются редко в чистой форме или во всех ситуациях[2].

5. В соответствии с теорией "заявления"[3] договор заключается тогда, когда некоторым образом внешне проявляется намерение адресата оферты акцептовать оферту, даже хотя об этом пока может и не знать оферент. В соответствии с "правилом почтового ящика", которое традиционно применяется в большинстве стран общего права[4], но также и в некоторых странах, относящихся к системе гражданского права[5], акцепт оферты вступает в силу в момент отправления адресатом оферты сообщения о ее акцепте (например, путем опускания письма в почтовый ящик). В свою очередь, согласно теории "получения", которая была принята в нескольких странах гражданского права[6], акцепт вступает в силу в момент, когда он достигает оферента. И наконец, "информационная теория" для заключения договора требует, чтобы об акцепте стало известно[7]. Из всех этих теорий "правило почтового ящика" и теория "получения" являются наиболее часто применяемыми в отношении коммерческих сделок.

---

[1] См. комментарий к статье 1.6 Принципов международных коммерческих договоров МИУЧП (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (Unidroit, Rome, 1994)).

[2] См. обзор действующих норм общего права и гражданского права, касающихся заключения договоров, в Maria del Pilar Perales Viscasillas, La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderias (Valencia, 1996), pp. 178 ff.

[3] Которая, как представляется, является общей нормой, касающейся заключения договоров, в Швейцарии, где заключение договора имеет место тогда, когда "стороны, на основе взаимности и согласия, выражают свою волю" (*Code des Obligations, art.1*).

[4] Правило "почтового ящика" было впервые принято судом королевской скамьи в 1818 году, с тем чтобы избежать необходимости обеспечивать ряд последовательных подтверждений получения, что может продолжаться "ad infinitum" (см. *Adams v. Lindsell*, England Law Reports, vol. 160, p. 250 (K.B. 1818). Несмотря на некоторые критические замечания, правило "почтового ящика" было почти единодушно принято в странах общего права (см. ссылки, содержащиеся в "Paul Fasciano, "Internet electronic mail: a last bastion for the mailbox rule", *Hofstra Law Review*, vol. 25, no. 3 (spring 1997), pp. 971–1003, footnote 20).

[5] Например, Аргентина (*Código Civil*, art. 1154) и Бразилия (*Código Civil*, art 434)

[6] Таких, как Австрия (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, art. 862) и Германия (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sect. 130.

[7] Например, Испания (*Código Civil*, art. 1262) и Венесуэла (*Código de Comercio*, art. 120, para. 1). "Информационная теория" представляет собой общее правило в отношении заключения договоров в Италии, где договор заключается тогда, когда оферент "осведомлен" об акцепте оферты адресатом оферты (*Codice Civile*, art. 1326). Однако осведомленность презюмируется тогда, когда акцепт получен по адресу оферента (*Código Civil*, art. 1335), что в практике приближает итальянскую систему к теории "получения".

6. В некоторых правовых системах могут быть задействованы обе теории в зависимости от контекста[8]. Термин "получение" иногда понимается не только как вопрос времени, но и как вопрос формы или может быть даже содержания сообщения об акцепте. Таким образом, например, нормы, содержащиеся в Гражданском кодексе Германии[9] и касающиеся юридической силы значимых с точки зрения права сообщений или "волеизъявлений" по их получении, могут пониматься немецкой доктриной и прецедентным правом таким образом, что сообщение не только должно достичь сферы контроля адресата, но и должно быть в такой форме, какая обеспечивает для адресата возможность ознакомления с ним[10]. Последний элемент далее был развернут в различные материально–правовые требования, такие, например, как доступность языка сообщения[11] или его поступление в течение обычного рабочего времени[12].

7. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже"[13] приняла теорию "получения" в качестве общей нормы[14]. В соответствии с Конвенцией договор считается заключенным "в момент, когда акцепт оферты вступает в силу"[15], который наступает в момент, когда "указанное согласие получено оферентом"[16]. Для целей положений Конвенции, касающихся заключения договоров, оферта, заявление об акцепте или любое другое выражение намерения считаются "полученным" адресатом, "когда оно сообщено ему устно или доставлено любым способом ему лично, на его коммерческое предприятие или по его почтовому адресу, либо, если он не имеет коммерческого предприятия или почтового адреса, – по его постоянному местожительству"[17].

8. Понятие "получения" толкуется специалистами как означающее момент времени, когда сообщение поступает в "сферу контроля" адресата. До такого момента времени составитель сообщения (в случае акцепта адресат оферты) должен обеспечить, чтобы сообщение поступило адресату и чтобы оно поступило в течение требуемого срока. Если понятие "отправления" имеет значение, то решающим моментом времени будет момент, когда сообщение выходит из сферы контроля составителя. С данного момента времени

---

[8] Как представляется, именно так обстоит дело во Франции, где Коммерческая палата Кассационного суда в решении от 7 января 1981 года подтвердила теорию "отправления", однако специалисты продолжают настаивать на правильности теории "получения" (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 849–850, note by François Chabas).

[9] *BGB*, sect.130(1).

[10] Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 60th. ed. (München, Beck, 2001), p. 103, No. 3 (commentary on sect. 130 by H. Heinrichs); и *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 3rd ed. (München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993), p. 1055, No. 10 (commentary on sect. 130 by H. Förschler).

[11] Будучи перенесенным в контекст Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, это требование привело, например, к выводу о том, что на стандартные условия договора нельзя полагаться, если они были отправлены на языке, отличающемся от языка, который использовался в ходе переговоров (Amtsgericht Kehl, 6 October 1995, с материалом можно ознакомиться на веб–странице http://cisgw3.law.pace.edu/cases/ 951006gl.html).

[12] См. работы авторов, которые цитируются в других местах (Palandt (op.cit.); и *Münchener Kommentar* (op cit.); No. 12).

[13] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, но также *Принципы международных коммерческих договоров МИУЧП*, что вытекает из совместного толкования статей 2.1 и 2.6, пункт 2.

[14] Однако "отправление" также имеет отношение к действию ряда положений Конвенции, таких, как пункт 2 статьи 19 (уведомление о возражении против дополнительных условий, предложенных оферентом; статья 20 (срок для акцепта) и статья 21 (условия вступления в силу запоздавшего акцепта).

[15] Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже, статья 23.

[16] Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже, статья 18, пункт 2.

[17] Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже, статья 24.

составитель не будет нести риска потери или задержки в направлении сообщения, который таким образом переносится на адресата.

9. Специалисты, изучавшие Конвенцию Организации Объединенных Наций о купле–продаже, отмечали, что понятие "получения", отраженное в статье 24 Конвенции, обусловлено "внешними, легко доказуемыми фактами" и означает освобождение составителя от "риска дефектных сообщений о заявлении в пределах организационной сферы получателя"; обстоятельства, которые указывают на то, что положения статьи 24 – вопреки жестким нормам, которые установлены во внутреннем законодательстве некоторых стран, – следует толковать таким образом, что "они, как правило, не требуют предоставления получателю возможности узнать о таком заявлении"[18]. Другие способы применения этой статьи, например посредством попытки учесть "национальные государственные праздники и обычное рабочее время", как утверждалось, ведут к "возникновению проблем и правовой неопределенности в нормах права, регулирующих международные ситуации"[19].

2. Время отправления и получения сообщений данных

10. Вышеизложенные соображения имеют в равной мере важное значение для заключения договоров посредством электронных сообщений. И действительно, несмотря на ранее высказанные предположения о том, что переговоры по заключению договора с помощью электронных средств, в частности в среде электронного обмена данными (ЭДИ), копируют "личные" или "мгновенные" сообщения[20], обмен электронными сообщениями, по меньшей мере тогда, когда используются методы электронной почты, как представляется, в большей степени аналогичен обмену почтовой корреспонденцией[21].

11. В любом случае субсидиарные нормы, касающиеся времени и места отправления и получения сообщений данных, должны дополнять внутренние нормы об отправлении и получении таких сообщений посредством их переноса в электронную среду. Такие положения должны быть в достаточной мере гибкими, с тем чтобы охватывать и те случаи, когда электронное сообщение представляется мгновенным, и те случаи, когда электронные сообщения подобны традиционной почте. В нижеследующих пунктах анализируется способ, с помощью которого это было урегулировано в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и во внутреннем законодательстве. В них также кратко излагается ход прений, которые имели место в Рабочей группе, и предлагаются элементы, которые Рабочая группа, возможно, пожелает учесть в ходе обсуждения статьи 10 предварительного проекта конвенции.

---

[18] Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Oxford, Clarendon Press, 1998), art. 24, Nos. 13-14, pp. 167-168; см. также Ernst von Caemmerer and Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2nd ed. (München, 1995), art. 24, Nos. 13-14, pp. 202-203.

[19] Ibid.

[20] Например, Michael S. Baum and Henry H. Perritt, Jr., *Electronic Contracting, Publishing and EDI Law* (New York, Wiley Law Publications, 1991), p. 323, No. 6.8. Вместе с тем эти авторы признают различные фактические обстоятельства, которые могут вести к иному выводу, такому как вывод об "определенных немгновенных характеристиках компьютеризованных оферт и акцептов, независимо от того, использовались ли при передаче методы почтового ящика или хранения и последующего отправления".

[21] "Несмотря на всеобщую убежденность в этом, [передача сообщений по электронной почте через Интернет] не происходит в значительной мере мгновенным образом. Скорее на передачу таких сообщений потребуются минуты, часы или в некоторых случаях дни". (Fasciano, loc. cit., pp. 1000-1001).

a) *Правило, содержащееся в статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле*

12. В пункте 1 статьи 15 Типового закона момент *отправления* сообщения данных определяется как момент времени, когда сообщение данных поступает в "информационную систему"[22], находящуюся "вне контроля составителя"[23], которая может быть информационной системой посредника или информационной системой адресата. В соответствии с этим положением сообщение данных не должно считаться отправленным, если оно всего лишь достигает информационной системы адресата, но не поступает в нее[24].

13. Что касается времени *получения* сообщения данных, то в пункте 2 этой же статьи проводится различие между несколькими фактическими ситуациями: a) если адресат указал конкретную информационную систему, которая может быть или может не быть его собственной системой, для цели получения сообщения, то сообщение данных считается полученным в момент, когда оно *поступает в указанную систему*[25]; b) если сообщение данных направляется в информационную систему адресата, которая не является указанной системой, то "получение" происходит в момент, когда сообщение данных *извлекается адресатом из системы*; и c) если адресат не указал информационную систему, то получение происходит в момент, когда сообщение данных *поступает в информационную систему адресата*.

14. Различие между "указанными" и "неуказанными" информационными системами призвано обеспечить соответствующее распределение рисков и обязательств между составителем и адресатом. Лицо, которое указывает конкретную информационную систему для цели получения сообщений данных, даже если оператором этой системы является какая-либо третья сторона, как следует ожидать, несет риск потери или задержки в получении сообщений, которые фактически поступают в эту систему. Вместе с тем, если составитель решает игнорировать инструкции адресата и направляет сообщение в иную информационную систему, чем указанная система, то не будет разумным считать данное сообщение доставленным адресату до тех пор, пока адресат не извлечет

---

[22] Термин "информационная система" определяется в подпункте (f) статьи 2 Типового закона как означающий "систему для подготовки, отправления, получения, хранения или иной обработки сообщений данных". В зависимости от фактической ситуации этот термин может означать "сеть передачи данных, а в других случаях может включать электронный почтовый ящик или даже телефакс" (*Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4) (в дальнейшем именуется *"Руководство по принятию"*), пункт 40).

[23] Понятие "контроля" над информационной системой не должно толковаться как требующее, чтобы эта информационная система находилась в помещениях адресата, поскольку "в соответствии с Типовым законом местонахождение информационных систем не является одним из оперативных критериев" (*Руководство по принятию*).

[24] Следует отметить, что в Типовом законе, как подчеркивается в *Руководстве по принятию* (пункт 104), "вопрос о возможных неполадках в функционировании информационных систем в качестве основания для возникновения ответственности прямо не рассматривается. В частности, если информационная система адресата не функционирует или функционирует, но ненадлежащим образом, или же функционирует надлежащим образом, однако сообщение данных не может поступить в эту систему (например, в случае, когда постоянно занят телефакс), отправления согласно Типовому закону не происходит. В процессе подготовки Типового закона было сочтено, что не следует включать общего положения, возлагающего на адресата обременительную обязанность обеспечивать постоянное функционирование своей системы".

[25] Под "указанной информационной системой" в Типовом законе понимается система, которая была конкретно указана стороной, например, в случае, когда в оферте прямо указывается адрес, по которому должен быть направлен акцепт. В пункте 102 *Руководства по принятию* Типового закона разъясняется, что "простое наличие адреса электронной почты или номера факса на бланке или ином документе не должно рассматриваться как прямое указание одной или нескольких информационных систем".

его фактически. Норма, применяемая в случае, когда никакая конкретная система не была указана, позволяет предположить, что для адресата не имеет значения то, в какую информационную систему будут направлены сообщения, а в таком случае было бы разумным предположить, что он получит сообщение через любую из своих информационных систем.

15. С точки зрения как определения отправления, так и определения получения, сообщение данных поступает в информационную систему в момент, когда оно может быть обработано в рамках данной информационной системы. Нет необходимости в том, чтобы получатель знал, что сообщение было получено, и не установлено дополнительное требование о том, чтобы получатель фактически прочитал или даже получил доступ к сообщению. Если оно поступает в "почтовый ящик" получателя, то факт получения имеет место.

16. Вопрос о том, может ли сообщение данных быть прочитанным или использоваться адресатом, преднамеренно оставлен за пределами сферы применения Типового закона, который не предназначается для отмены положений внутригосударственного законодательства, в соответствии с которыми получение сообщения может иметь место в момент, когда это сообщение поступает в сферу контроля адресата, независимо от того, может ли это сообщение быть прочитанным или использоваться адресатом[26].

b) Режим электронных сообщений в положениях внутреннего законодательства, касающихся принятия Типового закона

17. На внутреннем уровне, как представляется, мало кто не соглашается с предположением о том, что с чисто фактической точки зрения момент времени, когда сообщение поступает в информационную систему, находящуюся под контролем адресата, или поступает в информационную систему, находящуюся за пределами контроля отправителя, представляет собой очевидные электронные эквиваленты критериев "сферы контроля", использующихся для определения "получения" и "отправления" в соответствии как с правилом "получения", так и с правилом "почтового ящика".

18. За исключением Франции[27], свыше 20 стран и несуверенных территорий, которые до настоящего времени приняли Типовой закон, включили положения, касающиеся времени и места отправления и получения сообщений данных. Без какого бы то ни было исключения во всех законодательных положениях по принятию Типового закона проводится различие между указанной и неуказанной системами[28]. Дело обстоит таким образом также в тех странах, в которых на

---

[26] В *Руководстве по принятию* (пункт 103) указывается, что Типовой закон не преследует также и цели "создания коллизии с торговыми обыкновениями, в соответствии с которыми определенные закодированные сообщения считаются полученными даже до возникновения у адресата возможности их использования или прочтения. Было сочтено, что Типовой закон не должен устанавливать более жесткое требование, чем требование, предъявляемое в настоящее время в условиях использования бумажной документации, когда сообщение может считаться полученным даже в том случае, если оно не может быть прочитано адресатом или не предназначено для того, чтобы быть понятным адресату (например, когда в систему хранения данных направляются закодированные данные с единственной целью их сохранения в контексте защиты права на интеллектуальную собственность)".

[27] Положения законодательства Франции по принятию Типового закона (*Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*) касаются главным образом признания и доказательственной юридической силы электронных записей, но не касаются их передачи.

[28] Австралия (Electronic Transactions Act 1999, sect. 14, subsects. (3) and (4)); Колумбия (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico*, art. 24, subparas. (a) and (b)); Эквадор (*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos* of 2002, art. 11, subparas (a) and (b)); Индия (Information Technology Act 2000, sect. 13); Ирландия (Electronic Commerce Act, 2000, sect. 21, paras. (2) and (3)); Иордания (Electronic Transactions Law (No. 85) of 2001, art. 17); Маврикий (Electronic Transactions Act 2000, sect. 14 (2)); Мексика *(Decreto por el que*

основе Типового закона было подготовлено единообразное законодательство, например в Канаде[29] и в Соединенных Штатах Америки[30]. Однако такое различие не является прямым в Единообразном законе об электронных сделках Соединенных Штатов Америки (UETA), который предусматривает, в дополнение к "указанной" информационной системе, информационную систему, которую получатель "использует для целей получения электронных записей или информации в направленном виде и из которой получатель способен извлечь электронную запись"[31]. Невзирая на то, что формулировка, используемая в UETA, отличается от формулировок статьи 15 Типового закона, оба документа проводят различие между системой, которая была явно выбрана какой-либо стороной для получения какого-либо конкретного сообщения или вида сообщения, и другими (неуказанными) информационными системами, которые всего лишь используются получателем. Последняя категория, во многом таким же образом, что и неуказанная система согласно статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ, была включена в UETA с учетом желания "[позволить] получателю электронных записей сохранять контроль над тем, куда они будут направлены и где они будут получены"[32].

19. Примечательно, что положения внутреннего законодательства о принятии Типового закона также являются единообразными в определении времени получения сообщений данных, направленных в указанную систему. Почти все положения такого рода воспроизводят правило, содержащееся в пункте 2(a)(i) статьи 15 Типового закона, которое предусматривает, что получение сообщения, направленного в указанную систему, происходит в момент, когда оно поступает в эту систему.

20. Во внутреннем законодательстве существуют незначительные различия в отношении случаев, в которых либо адресат не указал какую-либо конкретную

---

se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal of 26 April 2000, art. 91); Новая Зеландия (Electronic Transactions Act 2002, sect. 11, paras. (a) and (b)); Пакистан (Electronic Transactions Ordinance 2002, sect. 15, para. (2)); Филиппины (Electronic Commerce Act 2000, sect. 22, paras. (a) and (b)); Республика Корея (Framework Law on Electronic Commerce, 1999, art. 6, para. (2)); Сингапур (Electronic Transactions Act 1998, sect. 15, subpara. (2) (a)); Словения (Electronic Commerce and Electronic Signature Act, 2000, art. 10, para. 2); Таиланд (Electronic Transactions Act 2002, sect. 23); и Венесуэла (*Decreto n°-1024 de 10 de febrero de 2001— Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 11). Такие же нормы содержатся в законодательстве острова Джерси (Electronic Communications (Jersey) Law 2000, art. 6) и острова Мэн (Electronic Transactions Act 2000, sect. 2), которые являются зависимыми территориями британской короны; британских заморских территорий Бермудских островов (Electronic Transactions Act 1999, sect. 18, para. 2) и островов Тёркс и Кайкос (Electronic Transactions Ordinance 2000, sect. 16 (2) and (3)); и Особого административного района Китая Гонконга (Electronic Commerce Ordinance 2000), sect. 19 (2)).

29 Uniform Electronic Commerce Act (UECA), sect. 23 (2).

30 Uniform Electronic Transactions Act (UETA), sect. 15 (b).

31 Эта формулировка также используется в разделе 23(b) Закона об электронных сообщениях и сделках Южной Африки от 2002 года.

32 Разработчики UETA признали тот факт, что "многие люди имеют несколько адресов электронной почты, используемых в различных целях. [Подраздел 15(b) UETA] обеспечивает, чтобы получатели могли указывать адрес электронной почты или систему, которые должны использоваться в связи с какой-либо конкретной сделкой. Например, получатель сохраняет способность указывать домашний адрес электронной почты для личных вопросов, рабочий адрес электронной почты для служебных надобностей или отдельный организационный адрес электронной почты исключительно в коммерческих целях данной организации. Если A направляет B уведомление по его домашнему адресу электронной почты и это уведомление касается коммерческих вопросов, то оно может и не считаться полученным, если B указал свой коммерческий адрес в качестве единственного адреса для коммерческих целей. Вопрос о том, квалифицируется ли фактическое ознакомление с сообщением в качестве получения, решается в соответствии с применимыми в иных отношениях материально–правовыми нормами" (Amelia H. Boss, “The Uniform Electronic Transactions Act in a global environment”, *Idaho Law Review*, vol. 37, 2001, p. 329).

информационную систему, либо составитель направляет сообщения в иную систему, чем указанная система. В положениях внутреннего законодательства по принятию Типового закона большинства стран проводится это различие[33]. В этих странах, как правило, наступают те же последствия, что и последствия, предусмотренные статьей 15 Типового закона, т.е. сообщение, направленное в иную информационную систему, чем указанная система, считается полученным только в момент извлечения этого сообщения адресатом[34], тогда как сообщение, направленное в отсутствие указанной системы, считается полученным по его поступлении в информационную систему адресата. Вместе с тем в двух странах, входящих в эту группу[35], законодательство прямо требует наличия факта извлечения сообщения в обеих ситуациях.

21. Законодательство других стран предусматривает только случаи, когда адресат не указал информационную систему[36]. В этих странах получение обычно происходит тогда, когда сообщение данных "извлекается" или "поступает в поле зрения" адресата, однако в одной из стран[37] получение сообщения данных происходит в момент, когда оно поступает в систему, "которая регулярно используется адресатом". Две страны допускают только предположение о направлении сообщения данных в иную информационную систему, чем указанная система, причем в этом случае получение происходит в момент извлечения этого сообщения данных[38]. В отношении этой группы стран не вполне ясно, будет ли на сообщение, направленное в одну конкретную систему, несмотря на прямое указание на другую систему, распространяться действие одного и того же правила. Можно утверждать, что обе ситуации будут урегулированы одинаковым образом, что можно предположить на основании законодательства одной из стран[39], которое прямо предусматривает, что во всех случаях, когда речь идет об иных системах, чем указанные системы, получение сообщения происходит в момент, когда оно попадает в поле зрения адресата.

22. Единственные, по всей видимости, значительные отклонения от статьи 15 Типового закона можно видеть в положениях UETA и Единообразного закона об электронной торговле (UECA) Канады. Оба текста требуют, чтобы сообщение данных поддавалось извлечению и обработке адресатом помимо того, что они должны поступить в систему адресата[40]. В связи с этим было подчеркнуто, что в Типовом законе основной упор сделан на момент времени[41]. В соответствии с Типовым законом сообщение данных поступает в систему в момент, когда оно может быть обработано независимо от того, "может ли оно фактически быть обработано". С другой стороны, с точки зрения UETA и UECA надлежащее получение сообщения требует, чтобы получатель был в состоянии извлечь запись из системы и чтобы сообщение было направлено в той форме, какая может быть обработана системой адресата. Тем не менее, "как можно утверждать, несоответствия между UETA и Типовым законом нет", поскольку это можно понимать таким образом, что Типовой закон "отличается от внутригосударственного законодательства в вопросе о "возможности обработки""[42]. Однако правовой анализ и сопоставление UETA и Типового

---

[33] Например, Бермудские острова, Колумбия, Эквадор, Индия, Иордания, Маврикий, Мексика, Пакистан, Филиппины, Республика Корея.

[34] В законодательстве по принятию Типового закона некоторых стран, например Бермудских островов, вместо "извлечения" требуется, чтобы сообщение "попало в поле зрения адресата". В практике это не изменяет суть данной нормы.

[35] Маврикий и Мексика.

[36] Например, Австралия, Канада, Ирландия и Венесуэла.

[37] Венесуэла.

[38] Например, Словения и Таиланд.

[39] Новая Зеландия.

[40] UETA, раздел 15 (b) (1) и (2); UECA, раздел. 23 (2) (a).

[41] Boss, loc. cit., p. 328.

[42] Boss, loc. cit.

закона показали, что, несмотря на разные формулировки, оба документа достигают одинакового результата, что подтверждается следующим примером[43]:

> "Рассмотрим ситуацию, когда вследствие прекращения электроснабжения или сбоя в системе доступ в эту систему становится невозможным, что лишает получателя возможности даже извлечь электронную запись. В таком случае (в соответствии с обоими документами) вопрос будет заключаться в следующем: когда имело место такое прекращение или сбой? И если это имело место до поступления электронной записи в систему, то получение сообщения еще не произошло согласно любой из этих формулировок. Если сообщение поступает в систему, то вопрос, первоначально в соответствии с UETA, заключается в том, в состоянии ли получатель извлечь это сообщение. Если получатель в состоянии извлечь сообщение, хотя бы на мгновение, то получение этого сообщения произошло. Последующий сбой в системе не должен "отменять" то, что уже произошло. Простая неспособность получателя извлечь электронную запись в более поздний момент времени не имеет значения, поскольку получение сообщения произошло".

23. Еще одна ситуация, в которой и UETA, и UECA, как представляется на первый взгляд, отличаются от Типового закона, возникает тогда, когда получатель указал информационную систему, но отправитель направляет электронную запись в другую информационную систему. В отличие от Типового закона UETA и UECA не содержат конкретных норм на такой случай, в котором решение придется принимать с учетом их более общих положений. Результат, вероятно, не будет существенно отличаться от результата, предусмотренного Типовым законом. Если информационная система, хотя и не будучи указанной системой, является системой, которая используется получателем для получения электронных записей такого рода, то запись будет считаться полученной (независимо от того, была ли она "фактически" извлечена или получена). Если такая система в целом не используется для получения сообщений такого рода, то презумпция, установленная UETA, не будет применяться. Можно утверждать, что в такой презумпции не будет необходимости, если запись была фактически извлечена получателем, что будет означать, что на практике результат, предусмотренный Типовым законом и UETA, будет одним и тем же. Однако, если запись поступила в информационную систему получателя, которая не является ни системой, указанной получателем, ни системой, используемой получателем для получения таких сообщений, и данная запись не была извлечена получателем, то, как утверждалось, эти два закона вновь приводят к наступлению одного и того же результата: "получения сообщения не происходит согласно Типовому закону (поскольку не было его извлечения) и этого не происходит согласно UETA (поскольку сообщение не было направлено в правильный адрес)"[44].

c) Режим электронных сообщений в положениях внутреннего законодательства других стран

24. Ситуацию в странах, которые не приняли Типовой закон, нелегко определить с учетом незначительного числа правовых источников информации. Для целей настоящего анализа такие страны могут быть разбиты на две широких группы: государства – члены Европейского союза (ЕС) и государства, не являющиеся членами Союза.

25. Очень мало стран за пределами ЕС, иных, чем государства, принявшие Типовой закон ЮНСИТРАЛ, имеют конкретное законодательство, касающееся

[43] Boss, loc. cit., pp. 330-331.
[44] Boss, loc. cit.

тех вопросов, которые относятся к электронной торговле и которые были рассмотрены ЮНСИТРАЛ. Как правило, в случае, если существует писаное законодательство, оно касается только цифровых подписей (а иногда и других форм электронных подписей) и сертификационных услуг[45] и редко затрагивает вопросы электронного заключения договоров[46]. Обзор, проведенный Секретариатом, не выявил законодательные положения, касающиеся времени отправления и получения сообщений данных, в этих странах.

26. Иная ситуация сложилась в пределах ЕС. Государства – члены ЕС обязаны соблюдать принципы, установленные в различных директивах ЕС в отношении электронной торговли, в частности в Директиве 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 года, касающейся некоторых правовых аспектов информационных общественных услуг, в частности электронной торговли, на внутреннем рынке[47]. Статья 11 Директивы ЕС предусматривает, что государства – члены ЕС обеспечивают, "за исключением случая, когда стороны, которые не являются потребителями, не договорились об ином", чтобы заказ потребителя и подтверждение получения такого заказа торговцем "считались полученными тогда, когда стороны, в адрес которых они направлены, в состоянии получить к ним доступ". В соответствии с законодательной системой ЕС государства–члены имеют возможность выбирать средства для достижения результата, предусмотренного Директивой ЕС.

27. Однако когда стороны "в состоянии получить доступ" к сообщениям данных и какого рода "состояние" подразумевает Директива ЕС? Достаточно ли, чтобы стороны обладали абстрактной возможностью получения доступа к сообщению данных, или же необходимо, чтобы адресат фактически был в состоянии извлечь такое сообщение? В преамбуле к Директиве ЕС не разъясняется точное значение слов "в состоянии получить доступ". Хотя в ряде вариантов на различных языках предпочтение отдается более общей формулировке[48], некоторые из них, как представляется, подразумевают, что адресат должен быть фактически в состоянии извлечь сообщение данных[49].

28. Можно утверждать, что лингвистические нюансы вариантов Директивы ЕС на различных языках не имеют существенного значения. Основная трудность, как представляется, фактически заключается в том, что формулировка статьи 11 Директивы ЕС не устанавливает презумпцию или ориентир в отношении момента времени, с которого сторона должна считаться находящейся "в состоянии получить доступ" к сообщению данных. До настоящего времени ряд государств – членов ЕС приняли конкретное законодательство по

---

[45] Дело обстоит таким образом, когда речь идет, например, о законодательстве Аргентины (*Ley No. 25.506—"Ley de Firma Digital"* and *Decreto No. 2628/2002 (Firma Digital), Reglamentación de la Ley No. 25.506*); Эстонии (Digital Signatures Act, 2000); Израиля (Electronic Signatures Act, 2000); Японии (Law concerning Electronic Signatures and Certification Services, 2001); Литвы (Law on Electronic Signatures, 2000); Малайзии (Digital Signatures Act, 1997); Польши (Electronic Signatures Act, 2001); и Российской Федерации (Закон об электронной цифровой подписи (Федеральный закон № 1–ФЗ) от 10 января 2002 года).

[46] Одним из примеров является Тунис, принявший законодательство об электронной торговле (*Loi relative aux échanges et au commerce électroniques* of 9 August 2000), которое содержит положения об электронном заключении договоров, составленные по образцу положений Директивы 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета от 20 мая 1997 года о защите потребителей в связи с дистанционно заключенными договорами (*Official Journal of the European Communities*, No. L 144, 4 June 1997, pp. 19-27).

[47] *Official Journal of the European Communities*, No. L 17, 17 July 2000.

[48] Как представляется, это является верным в отношении французского ("*lorsque les parties* […] *peuvent y avoir accès*"), итальянского ("*quando le parte* […] *hanno la possibilità di acerdervi*"), португальского ("*quando as partes* […] *têm possibilidade de aceder a estes*") и испанского ("*cuando las partes* […] *puedan tener acceso a los mismos*") текстов.

[49] Например, в тексте на немецком языке (*"wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können"*).

осуществлению Директивы ЕС. Австрия[50], Дания[51], Германия[52], Ирландия[53], Италия[54], Испания[55] и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии[56] воспроизвели формулировку, которая используется в статье 11 Директивы ЕС, с всего лишь незначительными изменениями[57].

29. Не вполне ясно, какая норма применяется в таких странах, как Ирландия[58] и Италия[59], которые уже располагали статутными положениями, касающимися времени отправления и получения сообщений данных, до принятия Директивы ЕС. Законодательство Ирландии содержит по существу ту же норму, что и статья 15 Типового закона. Новое законодательство, принятое в осуществление Директивы ЕС, предусматривает, что конкретная норма о получении "заказа" применяется "невзирая" на ранее действовавшее законодательство. Действующая в Италии норма заключается в том, что электронный документ считается отправленным составителем и полученным адресатом, если он "направлен в электронный адрес", указанный адресатом[60]. Хотя эта норма разнится в своей формулировке, она, как можно утверждать, в большинстве случаев будет приводить к получению такого же результата, что и статья 15 Типового закона.

30. Однако большинство стран, которые осуществили Директиву ЕС, не располагают статутными нормами о времени отправления и получения сообщений данных, хотя прецедентное право в некоторых из них уже установило критерии переноса в электронную среду традиционных норм об отправлении и получении таких сообщений. Результат, как правило, соответствует статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Это является верным даже в таких странах, как Германия, которые не приняли Типового закона и в которых суды рассматривали поступление сообщения в электронный адрес какой-либо стороны, например, в качестве эквивалента "получения" независимо от того, имела ли данная сторона фактический доступ к этому сообщению[61].

---

[50] См. "*Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung*" (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 21 December 2001, p. 1977), sect. 12.

[51] См. *Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*, sect. 12 (2).

[52] Статья 11 Директивы ЕС была включена в новый раздел 312e(1) Гражданского кодекса Германии (BGR).

[53] См. European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, sect. 14 (1) (b).

[54] См. *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 13, para. 3.

[55] См. *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, art. 28, para. 2.

[56] См. Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013), sect. 11 (2).

[57] Раздел 312e(1) Гражданского кодекса Германии предусматривает, что заказ и подтверждение его получения считаются полученными тогда, когда стороны, которым они адресованы, в состоянии извлечь их "при обычных обстоятельствах" ("*unter gewöhnlichen Umständen*"). Такая же формулировка используется в законодательстве Австрии. Законодательство Испании содержит ссылку на способность адресата ознакомиться ("*tener constancia*") с сообщением данных, а не на "доступ" ("*tener acceso*") к сообщению.

[58] Electronic Commerce Act 2000, sect. 13, paras. (2) (a) and (b)).

[59] *Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513*, art. 12, para. 1.

[60] "*Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario se trasmesso all´indirizzo elettronico da questi dichiarato*" (*Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513*).

[61] См., например, Landgericht Nürnberg-Fürth, Case No. 2 HK O 9431/01, 7 May 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 158/2003 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20030158.htm, ознакомление с материалом имело место 8 сентября 2003 года). В данном случае действие договора истца было прекращено ответчиком с помощью заказного почтового отправления, которое было впоследствии подтверждено электронным сообщением, направленным в адрес электронной

Неполное поступление текста сообщения данных, например вследствие технических неполадок в оборудовании получения, не исключает "получения", если имеется доказательство того, что сообщение было передано полностью в электронной форме[62]. Хотя доказательство надлежащего отправления сообщения данных может рассматриваться как доказательство prima facie его фактического получения другой стороной[63], суды также подчеркивали, что составитель сообщения данных не вправе полагаться на простой факт отправления сообщения, который не порождает презумпции того, что это сообщение было фактически получено[64].

31. Однако то обстоятельство, что Директива ЕС устанавливает критерий "доступности" для определения времени получения сообщений данных, вызвало некоторую озабоченность, поскольку было сочтено, что применение содержащейся в Директиве ЕС нормы не должно заходить настолько далеко, чтобы требовать фактического извлечения сообщений, ибо такой результат вступал бы в коллизию с существующим прецедентным правом. И действительно, как вытекает из процесса консультаций, предшествовавших осуществлению Директивы ЕС в некоторых странах, некоторые изменения, внесенные во внутреннее законодательство, были призваны избегать создания впечатления о том, что получение сообщения требует фактического извлечения этого сообщения адресатом. Было указано, что окончательная норма должна вместо этого разъяснить, что соответствующее значение имеет только "техническая возможность" извлечения, а не "способность" адресата извлечь это сообщение[65].

почты истца. Истец оспорил действительность сообщения по электронной почте, утверждая, что он не смог извлечь это сообщение, поскольку оно было направлено в то время, когда он находился в отпуске, а его счет электронной почты не был доступным через обычные веб–браузеры. Суд установил, что истец фактически получил данное сообщение, поскольку оно было доставлено в его адрес электронной почты. С этого момента времени истец несет риск утраты сообщения или задержки в извлечении сообщения, например, вследствие трудностей в доступе к его счету электронной почты, поскольку такой риск возник в пределах сферы контроля истца.

[62] См. Bundesgerichtshof, Case No. XII ZR 51/99, 14 March 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 167/2001 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20010167.htm, ознакомление с материалом имело место 9 сентября 2003 года). В данном случае апелляционный суд отклонил апелляцию, поскольку полученное факсимильное сообщение не содержало подписи адвоката, которая должна была быть проставлена на четвертой странице изложения сути апелляции, причем суд не получил такого изложения. Федеральный суд не согласился с позицией, занятой апелляционным судом и заключающейся в том, что только полученные им страницы могли быть приняты во внимание при решении вопроса о том, было ли доставлено изложение сути апелляции в пределах срока, установленного для его представления. Федеральный суд установил, что когда какой-либо документ передается полностью (“*vollständig*”) в качестве сообщения данных (“*durch elektrische Signale*”) с факсимильного аппарата лица, представившего апелляцию, на факсимильный аппарат суда, но не был напечатан полностью и без ошибок, возможно, в результате неполадок в последнем аппарате, то такой документ считается полученным во время его передачи в качестве факсимильного сообщения, если только полное содержание этого документа может быть установлено с помощью других средств.

[63] В частности, в случае весьма надежных методов передачи с учетом нынешней стадии развития технологии, таких как передача факсимильных сообщений (см. Oberlandesgericht München, Case No. 15 W 2631/98, 8 October 1998, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 153/1999, с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/19990153.htm, ознакомление с материалом имело место 9 сентября 2003 года).

[64] См. Oberlandesgericht Düsseldorf, Case No. 23 U 92/02, 4 October 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 167/2003 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/ 20030158.htm, ознакомление с материалом имело место 9 сентября 2003 года), по делу, затрагивающему сообщения по электронной почте.

[65] Это соображение было прямо высказано в пояснительной записке, касающейся законопроекта, который был внесен на рассмотрение в целях осуществления Директивы ЕС

d) Прения в Рабочей группе

32. Предварительный проект конвенции почти полностью отражает структуру и формулировки статьи 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Этот выбор представляется естественным с учетом широкого признания этого положения Типового закона. Он также сопряжен с дополнительным преимуществом, обусловленным его совместимостью со статьей 24 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже[66]. Вместе с тем это положение вызвало активное обсуждение в Рабочей группе (см. документы A/CN.9/509, пункты 93–98, и A/CN.9/528, пункты 141–151).

33. Одно из критических замечаний заключалось в том, что данное положение является в целом весьма сложным и что, возможно, и не существует практической необходимости в проведении различия между указанными и неуказанными информационными системами. Это критическое замечание было сформулировано в заявлении Германской ассоциации адвокатов по предварительному проекту конвенции следующим образом[67]:

> "Аспект, требующий пояснения, как представляется, касается различия, проводимого в пункте 2 статьи 11 [*пункт 2 проекта статьи 10 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.103*] между информационной системой, указанной адресатом для получения сообщений данных, и иной системой, чем указанная система. Это различие имеет в большей мере значение для электронного обмена данными (ЭДИ), но не для сообщений по электронной почте. Последствие этого заключается в том, что в контексте сообщений по электронной почте решающим фактором должно быть фактическое поступление сообщения данных в компьютерную станцию получателя. Это не вытекает из статьи 11(2) с той степенью ясности, какая требуется для правового согласования.
>
> С учетом определения, содержащегося в статье 5(f) [...], "информационная система" означает "систему для подготовки, отправления, получения, хранения или иной обработки сообщений данных". Это широкое определение охватывает не только веб–сервер поставщика услуг, но и компьютерные станции клиентов поставщика услуг, из которых они извлекают свои сообщения или через которые они направляют свои сообщения поставщику услуг для направления адресатам. В связи с этим важно пояснить, является ли поступление сообщения данных в сервер поставщика услуг достаточным для установления факта получения сообщения данных и необходимо ли, чтобы сообщение данных фактически извлекалось адресатом на его компьютерной станции.

в Австрии. Австрийская ассоциация адвокатов в своих замечаниях по законопроекту предложила, чтобы закон прямо предусматривал, что единственным фактором контроля является "возможность извлечения сообщения" (*Abrufbarkeit*) и что ни неполадки в аппаратуре адресата, ни отсутствие адресата, ни любое другое препятствие, возникшее в рамках сферы контроля адресата, не должны исключать фактическое получение сообщения (Rechtsanwaltskammer Wien, *Stellungnahme zum Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG*), 31 August 2001, с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.rakwien.at/import/documents/stellungnahme_ecommerce_fuer_homepage.pdf, ознакомление с материалом имело место 8 сентября 2003 года).

66 Sieg Eiselen, "E-Commerce and the CISG: formation, formalities and validity", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 6, No. 2 (2002), pp. 310-311.

67 *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer: UNCITRAL-Übereinkommensentwurf über internationale Verträge, die mit elektronischen Mitteln geschlossen oder nachgewiesen werden*, представленный в марте 2002 года Комитетом по частному международному праву и международному процессуальному праву (Ausschuss Internationales Privat- und Prozessrecht) (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.brak.de/seiten/pdf/EndfUNCITRAL-Uebereinkentwurf.pdf, ознакомление с материалом имело место 8 сентября 2003 года).

Это различие зависит от того, указал ли адресат какую-либо конкретную информационную систему для цели получения сообщения данных и какую именно систему он указал. Пользователь обычно не использует указание системы (*Systembennenung*) в качестве "адреса получения" (*Zustelladresse*), но скорее использует адрес электронной почты, на основании которого нельзя определить какую-либо конкретно указанную систему. Конкретное указание системы не должно быть фактически необходимым, поскольку при основанном на протоколах обмене данными через Интернет сообщения передаются без пропусков через специальные компьютеры, которые используют соответствующие таблицы назначения.

На данной технической основе пункт 2 статьи 11 [*пункт 2 проекта статьи 10 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.103*] будет бездействовать, поскольку составителю не предоставлена конкретная указанная система и он будет всего лишь требовать наличия адреса электронной почты, который является самостоятельным по сравнению с компьютерной станцией. Передачи сообщения в другую, не указанную систему (пункт 2 (b) статьи 11), не происходит, поскольку на том конце цепочки должна была быть прежде всего указанная система".

34. Проблемы, которые были выявлены в ходе этого анализа, могут в действительности быть существенными, если термин "информационная система" понимается как указывающий на телекоммуникационные каналы и инфраструктуру, используемые для передачи сообщений в их конечное место назначения, а не на "электронный адрес", указанный стороной для целей получения сообщений. Однако в понимании, существовавшем до настоящего времени, термин "информационная система" призван охватить "весь спектр технических средств, используемых для передачи, получения или хранения информации", которыми в зависимости от фактической ситуации может быть "коммуникационная система", а в других случаях они могут включать электронный "почтовый ящик" или даже телефакс"[68]. Такое же широкое толкование должно быть дано в контексте предварительного проекта конвенции. Тем не менее Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не может ли быть полезной разработка соответствующего разъяснения в определении "информационной системы", содержащемся в подпункте (e) проекта статьи 5. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить некоторые пояснения в отношении того, какие действия должны считаться "указанием" на информационную систему адресатом[69]. Более того Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь между адресом электронной почты, как указанной "информационной системой", и системой, используемой для отправления сообщений в "почтовые ящики", имеющие конкретное дополнительное обозначение (например, "@XYZ.com").

35. Другое критическое замечание заключалось в том, что норма, содержащаяся в статье 15 Типового закона, может быть чрезмерно жесткой, поскольку поступление сообщения данных в систему адресата или другую систему, указанную адресатом, не всегда позволяет сделать вывод о том, что адресат в состоянии получить доступ к этому сообщению. Было предложено обеспечить большую гибкость понятия "поступления" сообщения путем

---

[68] *Руководство по принятию*, пункт 40.

[69] Как представляется, замечания Ассоциации адвокатов Германии действительно основываются на том понимании, что для целей Типового закона адрес электронной почты не может быть "указанной информационной системой" с учетом содержащегося в пункте 102 *Руководства по принятию* указания на то, что "простое наличие адреса электронной почты или номера факса на бланке или ином документе не должно рассматриваться как прямое указание одной или нескольких информационных систем".

добавления понятия "доступности" сообщения данных, которая будет обеспечена в том случае, если сообщение данных будет поддаваться "обработке и извлечению адресатом" (A/CN.9/509, пункты 94 и 96). Одно из предложений увязывает получение сообщения "со временем, когда извлечение этого сообщения адресатом" может "обычно предполагаться" (A/CN.9/528, пункт 148). Однако против этого предложения были также высказаны возражения, поскольку ссылка на время, когда можно "обычно предполагать", что адресат "извлечет" сообщение, может отходить от принятого понятия "доступности" сообщения данных для обработки в рамках информационной системы как от объективного критерия к более субъективному подходу (A/CN.9/528, пункт 149).

36. Как представляется, все согласны с общей целью разработки субсидиарных норм об отправлении и получении сообщений, сопряженной с установлением справедливого распределения рисков и обязательств между составителем и адресатом (A/CN.9/528, пункт 145). В целом не должно быть весьма трудным достижение международного консенсуса в отношении принципа, согласно которому лицо, управляющее информационной системой или указывающее какую-либо конкретную информационную систему для цели получения сообщений данных, даже если эта система является системой, оператором которой выступает какая-либо третья сторона, должно нести риск потери или задержки сообщений, которые фактически поступили в эту систему. Вместе с тем этот аспект подчеркивает, что весьма важно ясно понимать значение понятия "информационная система", в частности тогда, когда стороны обмениваются сообщениями с помощью электронной почты.

37. Если не была указана какая-либо конкретная система, то соответствующая норма должна быть таковой, чтобы она позволяла судье или третейскому судье, призванному принимать решение в случае спора в отношении времени получения сообщения данных, применять критерий разумности выбора информационной системы составителем в отсутствие прямого указания на такую систему адресатом.

38. Рабочая группа может пожелать рассмотреть возможные пути устранения разрыва между противоположными мнениями по этому аспекту проекта статьи 10. Один из вариантов, которые были предложены даже в связи с системами, придерживающимися "информационной теории" для целей заключения договоров, мог бы заключаться в распространении презумпции осведомленности (в смысле "доступности" или "возможной осведомленности") о наличии сообщения на фактическое поступление сообщения в информационную систему адресата. В таком случае именно адресат будет предъявлять доказательство того, что не по своей вине и не по вине какого-либо посредника, выбранного им, он не смог получить доступа к сообщению[70].

[70] Giovanni Comandé and Salvatore Sica, *Il commercio elettronico* (Turin, G. Giappichelli, 2001), p. 57. Авторы предлагают использовать этот подход в качестве общего толкования статьи 1136 (которая требует, чтобы оферент "знал" об акцепте для заключения договора) и статьи 1135 (которая предусматривает, что знание стороной презюмируется тогда, когда акцепт был направлен в соответствующий адрес) – обе эти статьи содержатся в Гражданском кодексе Италии – и подпункта 1 статьи 12 Декрета № 513/1997 (который предусматривает, что электронный документ считается полученным адресатом тогда, когда он был "направлен" в электронный адрес, указанный адресатом). Авторы подчеркивают, что такое толкование будет также соответствовать понятию "доступности" сообщения данных для целей Директивы ЕС.

Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.3)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах 1–24

C. Требования в отношении формы 2–24

1. Требования в отношении формы и доказательственная сила электронных записей 3–7

2. Атрибуция сообщений данных и требования в отношении подписи 8–24

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах

1. В нижеследующих разделах рассматриваются вопросы, которые либо имеют конкретное отношение к заключению договоров с помощью электронных средств, либо могут стать особенно значимыми в результате использования современных средств связи. В разделе C рассматриваются вопросы, касающиеся приемлемости методов удостоверения подлинности и критериев атрибуции сообщений данных, тогда как в разделе D изучаются правовые вопросы, возникающие в связи с использованием полностью автоматизированных систем в электронной торговле, включая неточности и ошибки. Вопрос о существовании договорных условий и обязательств в отношении информации, которые могут быть возложены на стороны с использованием электронных информационных систем, рассматривается в разделе E. Разделы D и E содержатся в последующем добавлении (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4).

C. Требования в отношении формы

2. Предварительный проект конвенции об электронном заключении договоров следует общему принципу свободного определения формы, закрепленному в Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже")[1], и распространяет его действие на все договоры, входящие в сферу его применения. Вместе с тем признается, что требования в отношении формы могут существовать в соответствии с применимым правом в качестве требований в отношении письменной формы или подписи, например, тогда, когда государство – участник Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже сделало оговорку согласно статье 96 Конвенции[2]. Даже в том

---

[1] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, p. 3 (с материалом также можно ознакомиться на веб–странице www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm).

[2] В соответствии с этим положением:

случае, если требования в отношении формы как таковые не существуют, препятствия использованию сообщений данных могут обусловливаться нормами, которые касаются доказательств и которые прямо или косвенно ограничивают способность сторон использовать сообщения данных в качестве доказательств, свидетельствующих о наличии и содержании договоров.

1. Требования в отношении формы и доказательственная сила электронных записей

3. Несмотря на широкое принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле ("Типовой закон") и увеличение числа государств, которые основывают свое законодательство в области электронной торговли на данном Типовом законе, международный документ об электронном заключении договоров не может основываться на том предположении, что принципы Типового закона уже достигли стадии универсального применения. В связи с этим представляется полезным, чтобы новый документ предусматривал условия, на которых требования в отношении формы могут быть соблюдены при использовании эквивалентных электронных методов.

4. Существует не так уж много судебных решений в отношении юридической силы электронных записей. Небольшое число обнародованных дел указывает на эволюцию к правовому признанию электронных записей и сообщений данных, но также и на некоторую неопределенность в отношении их допустимости в качестве как средства заключения договоров, так и доказательства в отношении содержания договоров.

5. В Соединенных Штатах Америки суды, как представляется, придерживаются либерального подхода к вопросу о допустимости электронных записей, включая электронную почту, в качестве доказательств в ходе гражданско–правового производства[3]. Суды в Соединенных Штатах Америки отклоняли аргументы, согласно которым сообщения по электронной почте являются недопустимыми доказательствами, поскольку их подлинность не была удостоверена и они являются устными доказательствами[4]. Вместо этого суды обнаружили, что сообщения по электронной почте, полученные от истца в ходе процесса раскрытия, являются сообщениями с самоудостоверенной подлинностью, поскольку "предъявление в ходе раскрытия документов из

"Договаривающееся государство, законодательство которого требует, чтобы договоры купли–продажи заключались или подтверждались в письменной форме, может в любое время сделать заявление в соответствии со статьей 12 о том, что любое положение статьи 11, статьи 29 или части II настоящей Конвенции, которое допускает, чтобы договор купли–продажи, его изменение или прекращение соглашением сторон, либо оферта, акцепт или любое иное выражение намерения совершались не в письменной, а в любой форме, неприменимо, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в этом государстве".

[3] *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates*, United States District Court for the Western District of Kentucky, 9 August 2001, Federal Supplement, 2nd series, vol. 186, p. 770; and *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)*, United States District Court for the Central District of Illinois, 30 December 2002, Federal Supplement, 2nd series, vol. 235, p. 916.

[4] Например, по делу *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.*, апелляционный суд отменил решение окружного суда, который исключил внутреннюю электронную почту компании, составленную служащими одного из истцов. Окружной суд исключил это доказательство на том основании, что ответчик "не выдвигает каких-либо аргументов и не предъявляет каких-либо доказательств, указывающих на личность или название должности служащего", который составлял электронную почту. Апелляционный суд отметил, что первоначальная электронная почта, т.е. внутренний меморандум компании, завершалась электронной "подписью", в которой указывались имя и функции составителя. По этой причине окружной суд злоупотребил своими дискреционными полномочиями, когда он исключил электронную почту в качестве доказательства (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 3 April 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 285, p. 808).

архивов самих сторон является достаточным для обоснования вывода о самоудостоверении их подлинности"[5]. Эти суды проявляют тенденцию к принятию во внимание всех имеющихся доказательств и не отклоняют электронные записи как недостаточные доказательства *prima facie*.

6. Однако в ряде стран, которые не приняли Типовой закон, электронные записи, в частности записи, возникшие в результате сделок через Интернет, как утверждалось, "лишены юридической силы"[6]. Кроме того, озабоченность в связи с опасностью манипуляций электронными записями привела к принятию судебных решений, которые лишают силы, например, сообщения по электронной почте в качестве доказательств в судебном разбирательстве на том основании, что сообщения по электронной почте не обеспечивают надлежащих гарантий целостности[7].

7. Прецедентное право по этому вопросу все еще находится на начальной стадии развития и, с учетом незначительного числа судебных решений, принятых до настоящего времени, не создает достаточной основы для уверенных выводов. Тем не менее можно утверждать, что международная торговля может извлекать пользу из большей правовой определенности, которая возникла бы в результате действия единообразных положений, предлагающих критерии признания электронных записей и сообщений данных в международной торговле. В пункте 2 статьи 9 предварительного проекта конвенции воспроизводятся с этой целью критерии, содержащиеся в статье 6 Типового закона и касающиеся правового признания сообщений данных в качестве информации, представленной "в письменной форме".

2. Атрибуция сообщений данных и требования в отношении подписи

8. Использование электронных методов идентификации сопряжено с двумя аспектами, которые могут заслуживать рассмотрения Рабочей группой. Первый аспект касается общего вопроса атрибуции сообщения данных его предполагаемому составителю. Второй аспект касается приемлемости метода идентификации, который использовался сторонами с целью соблюдения правовых требований в отношении формы, в частности требований в отношении подписи. Кроме того, имеют значение правовые понятия, которые подразумевают существование собственноручной подписи, о чем можно сказать в отношении понятия "документа", существующего в некоторых правовых системах. Даже с учетом того, что эти два аспекта могут часто объединяться или, в зависимости от обстоятельств, могут и не быть полностью отличимыми друг от друга, попытка их проанализировать по отдельности может быть полезной, поскольку, как представляется, суды проявляют тенденцию к вынесению различных заключений в зависимости от функции, которой наделяется метод идентификации.

---

[5] *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 16 November 1999, U.S. Dist. LEXIS 17910.

[6] (Недатированное) заявление судьи Руи Росадо де Агияр мл. Высшего суда Бразилии ("*Comércio eletrônico não tem valor jurídico*", at www.trabalhodeeconomia.hpg.ig.com.br/juri.html, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[7] Amtsgericht Bonn, Case No. 3 C 193/01, 25 October 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 332/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, ознакомление с материалом имело место 11 сентября 2003 года). В данном случае истец предъявил ответчику иск с требованием выплаты брокерского вознаграждения за действия в качестве посредника при оптовой купле сигарет. Суд отклонил иск из-за отсутствия доказательств наличия соглашения о выплате такого вознаграждения. Суд установил, что распечатки сообщений по электронной почте, предъявленные истцом и отклоненные ответчиком, не имеют доказательственной силы, поскольку "общеизвестно", что обычные сообщения по электронной почте могут быть с легкостью изменены или подделаны.

a) Атрибуция сообщений данных

9. Типовой закон касается атрибуции сообщений данных в своей статье 13. Это положение происходит из статьи 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах, в которой определяются обязанности отправителя платежного поручения. Статья 13 предназначена для применения тогда, когда встает вопрос о том, было ли какое-либо сообщение данных действительно отправлено лицом, которое указано в качестве его составителя. В случае направления сообщений, основывающихся на бумажных документах, такого рода проблема возникнет в результате предполагаемой поддельной подписи предполагаемого составителя. В электронной среде не уполномоченное на то лицо может направить сообщение, однако его подлинность будет точно удостоверена с помощью кода, шифра или подобных способов. Цель статьи 13 не заключается в возложении ответственности. Она скорее касается атрибуции сообщений данных путем установления презумпции того, что при определенных обстоятельствах сообщение данных будет считаться сообщением составителя.

10. В пункте 1 статьи 13 Типового закона вновь устанавливается принцип, согласно которому составитель связан сообщением данных в том случае, если он действительно направил это сообщение. Пункт 2 касается ситуации, когда сообщение было направлено иным лицом, чем составитель, которое правомочно действовать от имени составителя. В пункте 3 затрагиваются ситуации двух типов, в которых адресат может полагаться на сообщение данных как на сообщение составителя: во-первых, ситуации, в которых адресат надлежащим образом применяет процедуру удостоверения подлинности, предварительно согласованную с составителем; и, во-вторых, ситуации, в которых сообщение данных явилось результатом действий лица, которое в силу своих взаимоотношений с составителем имело доступ к процедурам удостоверения подлинности, используемым данным составителем.

11. Ряд стран приняли норму, содержащуюся в статье 13 Типового закона, в том числе презумпцию атрибуции, установленную в пункте 3 этой статьи[8]. Некоторые страны прямо ссылаются на использование кодов, паролей или других средств идентификации как на факторы, которые создают презумпцию авторства[9]. Кроме того, существуют более общие варианты статьи 13, в которых презумпция, созданная с помощью надлежащей проверки на основании ранее согласованной процедуры, излагается как указание на элементы, которые могут использоваться для целей атрибуции[10].

---

[8] См. Колумбия (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico*, art. 17); Эквадор (*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, 2002, art. 10); Иордания (Electronic Transactions Law (No. 85) of 2001, art. 15); Маврикий (Electronic Transactions Act, 2000, section 12(2)); Филиппины (Electronic Commerce Act, 2000, sect. 18, para. (3)); Республика Корея (Framework Law on Electronic Commerce, 1999, art. 7, para. (2)); Сингапур (Electronic Transactions Act, 1998, subsect. 13 (3)); Таиланд (Electronic Transactions Act, 2002, sect. 16); и Венесуэла (*Decreto nº 1024 de 10 de febrero de 2001—Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 9). Такие же нормы содержатся и в законодательстве зависимой территории Британской короны Джерси (Electronic Communications (Jersey) Law 2000, art. 8), Британских заморских территорий Бермудских островов (Electronic Transactions Act, 1999, sect. 16, para. 2) и островов Тёркс и Кайкос (Electronic Transactions Ordinance, 2000, sect. 14).

[9] Мексика (*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal* of 26 April 2000, art. 90, para. I).

[10] Например, Единообразный закон об электронных сделках Соединенных Штатов Америки (UETA) в разделе 9(a) предусматривает, что электронная запись или электронная подпись "относимы к лицу, если они явились актом этого лица. Факт совершения такого акта этим лицом может быть доказан любым образом, включая доказывание эффективности использования любой процедуры обеспечения неприкосновенности для определения лица, к которому электронная запись или электронная подпись является относимой. Раздел 9(b) далее предусматривает, что последствия электронной записи или электронной подписи, относимой для какому-либо лицу согласно подразделу (a), "определяется с учетом контекста

12. Однако другие страны приняли только общие нормы, содержащиеся в статье 13 и предусматривающие, что сообщение данных является сообщением составителя, если оно было отправлено самим составителем или лицом, действующим от имени составителя, или информационной системой, запрограммированной составителем или от его имени функционировать в автоматическом режиме[11]. И наконец, небольшое число стран, которые реализовали Типовой закон, не включили какое-либо конкретное положение, основывающееся на статье 13[12]. В этих странах предполагали, что никакие конкретные нормы не являются необходимыми и что вопрос атрибуции было бы лучше оставить для решения с помощью обычных методов доказывания таким же образом, что и вопрос об атрибуции бумажных документов: "Лицо, которое желает полагаться на любую подпись, принимает на себя риск того, что данная подпись является недействительной, и это правило не изменяется в связи с электронной подписью"[13].

13. В странах, которые не приняли Типового закона, как представляется, нет конкретных законодательных положений, касающихся атрибуции аналогичным образом. В таких странах атрибуция, как правило, представляет собой функцию правового признания электронных подписей и предположений, относимых к записям, подлинность которых удостоверена электронной подписью конкретного типа.

14. В предварительный проект конвенции пока не включены конкретные нормы, касающиеся атрибуции и основывающиеся на статье 13 Типового закона. Однако Рабочая группа может пожелать рассмотреть вопрос о том, не может ли быть полезным изучение возможности разработки положений об атрибуции отдельно от положений об электронных подписях. Основание для использования такого подхода заключается в том, что подписи не являются единственным методом идентификации, признанным правом с целью атрибуции документов и записей какому-либо данному лицу, как это разъясняется в официальных комментариях к соответствующему положению Единообразного закона об электронных сделках Соединенных Штатов Америки (UETA)[14]:

> "1. В соответствии с подразделом (a) [раздела 9 UETA], поскольку электронная запись или электронная подпись явилась результатом действий какого-либо лица, она будет отнесена к этому лицу; правовые последствия такой атрибуции рассматриваются в подразделе (b). Этот раздел не изменяет существующие нормы права, касающиеся атрибуции. Данный раздел обеспечивает, чтобы такие нормы применялись в электронной среде. Действия лица включают действия, предпринятые одушевленными

и сопутствующих обстоятельств во время ее создания, исполнения или принятия, включая соглашение сторон, если таковое было заключено, или иным образом, как это предусмотрено законом".

[11] Австралия (Electronic Transactions Act, 1999, sect. 15, subsect. (1)); по существу таким же образом Индия (Information Technology Act, 2000, sect. 11); Пакистан (Electronic Transactions Ordinance, 2002, sect. 13 (2)); Словения (Electronic Commerce and Electronic Signature Act, 2000, art. 5); в зависимой территории британской короны острове Мэн (Electronic Transactions Act, 2000, sect. 2); и в особом административном районе Китая Гонконге (Electronic Commerce Ordinance, 2000, sect. 18).

[12] Например, Канада, Франция, Ирландия, Новая Зеландия и Южная Африка.

[13] Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Electronic Commerce Act (Annotated)*, commentary to section 10 (2) (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia, ознакомление с материалом имело место 11 сентября 2003 года).

[14] National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Electronic Transactions Act (1999)*, одобренный и рекомендованный для принятия во всех штатах на 108-й ежегодной конференции (Денвер, Колорадо, 23–30 июля 1999 года), с предисловием и комментариями (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm, ознакомление с материалом имело место 11 сентября 2003 года).

представителями этого лица, а также действия, предпринятые электронным представителем, т.е. средством, этого лица. Хотя данная норма, как может показаться, излагает очевидное, она обеспечивает, чтобы запись или подпись не приписывалась какому-либо устройству в отличие от лица, которое эксплуатирует или программирует данное устройство.

В каждом из нижеследующих случаев и электронная запись, и электронная подпись будут относиться согласно подразделу A к лицу, если:

A. это лицо указывает свое имя в качестве части заказа на приобретение по электронной почте;

B. служащий этого лица на основании соответствующих полномочий указывает имя этого лица в качестве заказа на приобретение по электронной почте;

C. компьютер этого лица, запрограммированный на отправление заказов на приобретение товаров по получении информации об инвентарных запасах в пределах конкретных параметров, выдает заказ на приобретение, в котором указаны имя этого лица или другая идентификационная информация в качестве части данного заказа.

В каждом из вышеупомянутых случаев положения иного законодательства, чем [UETA], будут относить и подпись, и действия к данному лицу, если все это проделано с помощью бумажного средства. Подраздел (a) прямо предусматривает, что такой же результат наступит тогда, когда используются электронные средства.

2. Ничто в [разделе 9 UETA] не затрагивает использование подписи в качестве средства атрибуции записи какому-либо лицу. И действительно, подпись часто представляет собой первичный метод атрибуции какой-либо записи какому-либо лицу. В вышеизложенных примерах, если электронная подпись относится к лицу, то и электронная запись будет также относиться к этому лицу, если только это лицо не установит факт мошенничества, подделки или иное основание, лишающее действительности. Однако подпись не является единственным методом атрибуции.

3. Использование факсимильных сообщений дает ряд примеров атрибуции с применением иной информации, чем подпись. Факсимильное сообщение может быть отнесено к лицу с учетом информации, напечатанной в начале страницы и указывающей на устройство, с которого она была отправлена. Аналогичным образом в сообщении может иметься шапка, в которой указывается отправитель. В некоторых случаях было установлено, что шапка сообщения фактически представляет собой подпись, поскольку она является условным обозначением, используемым отправителем с намерением удостоверить подлинность факсимильного сообщения. Вместе с тем определение подписи явилось результатом необходимого установления намерения в данном случае. В других случаях было установлено, что шапки факсимильных сообщений не являются подписями, поскольку отсутствовало требуемое указание на намерение. Решающий момент заключается в том, что с подписью или без таковой информация, содержащаяся в электронной записи, может быть вполне достаточной для установления фактов, приводящих к атрибуции электронной записи какой-либо конкретной стороне.

В контексте атрибуции записей обычно содержание записи будет обеспечивать необходимую информацию для установления атрибуции. Кроме того, вполне возможно, что выявленные взаимоотношения между сторонами могут привести к установлению атрибуции. Как и в случае

записи в бумажном документе, доказательство подделки или фальсификации может быть предъявлено для отклонения доказательств атрибуции.

4. В электронной среде может присутствовать определенная информация, которая, как представляется, не позволяет установить атрибуцию, но которая ясно связывает какое-либо лицо с какой-либо конкретной записью. Числовые коды, личные идентификационные номера, комбинации публичного и частного ключей в своей совокупности служат делу выявления стороны, к которой следует отнести электронную запись. Несомненно, процедуры обеспечения неприкосновенности будут представлять собой еще одно доказательство для установления атрибуции.

Включение конкретной ссылки на процедуры обеспечения неприкосновенности как на средство установления атрибуции является полезным с учетом уникального значения процедур обеспечения неприкосновенности в электронной среде. В определенных процессах техническая и технологическая процедура обеспечения неприкосновенности может быть наилучшим способом убедить того, кто пытается установить факты, в том, что какая-либо конкретная электронная запись или подпись является записью или подписью какого-либо конкретного лица. При определенных обстоятельствах использование процедуры обеспечения неприкосновенности для установления того, что запись или связанная с нею подпись исходит из коммерческого предприятия лица, может быть необходимым для отклонения утверждения о вмешательстве хакера. Ссылка на процедуры обеспечения неприкосновенности не призвана предполагать, что другим формам доказывания атрибуции следует придавать менее убедительный эффект. Кроме того, весьма важно напомнить о том, что конкретная надежность какой-либо данной процедуры не затрагивает ее статус в качестве процедуры обеспечения неприкосновенности, но всего лишь затрагивает степень значимости, которую следует придавать доказательствам, полученным с помощью процедуры обеспечения неприкосновенности, поскольку она направлена на установление атрибуции".

15. Кроме того, представляется важным учитывать то, что презумпция атрибуции сама по себе не будет заменять применения норм права, касающихся подписей, в том случае, когда подпись является необходимой для действительности какого-либо акта или доказательства факта его совершения. После установления того, что запись или подпись относится к какой-либо конкретной стороне, "последствия записи или подписи должны быть определены с учетом контекста и сопутствующих обстоятельств, в том числе соглашения сторон, если таковое было заключено", а также "других правовых требований, рассматривавшихся с учетом контекста"[15].

16. Примеры использования более ограничительного подхода к атрибуции можно найти в последних делах, сопряженных с проведением аукционов в Интернете, в которых суды применяли высокий стандарт для атрибуции сообщений данных. Эти дела, как правило, связаны с исками за нарушение договора на основании неплатежа за товары, предположительно приобретенные на аукционах в Интернете. Истцы утверждали, что ответчиками являются покупатели, поскольку подлинность заявки с предложением наиболее высокой цены за товары была удостоверена с помощью пароля таких ответчиков и такая заявка была направлена с использованием адреса ответчика в электронной почте. Суды установили, что таких элементов недостаточно для того, чтобы уверенно сделать вывод о том, что в действительности именно данный ответчик

[15] Ibid.

участвовал в аукционе и представил победившую заявку на приобретение товаров. Суды использовали различные аргументы для обоснования такой позиции. Например, пароль не является надежным средством, поскольку любое лицо, которое знало пароль ответчика, могло использовать его адрес в электронной почте из любого другого устройства и участвовать в аукционе от имени ответчика[16], причем этот риск некоторые суды на основании заключения экспертов в отношении угроз с точки зрения несанкционированного проникновения для коммуникационной сети Интернет, в частности посредством использования так называемых "троянских коней", способных "похитить" пароль какого-либо лица, оценивали как "очень высокий"[17]. Риск несанкционированного использования идентификационного средства (пароля) какого-либо лица должен учитываться стороной, которая предлагает товары или услуги через какую-либо конкретную сеть, поскольку не существует правовой презумпции, согласно которой сообщения, направленные через веб–страницу в Интернете с использованием пароля доступа какого-либо лица к такой веб–странице, могут быть отнесены к данному лицу[18]. Такая презумпция, что вполне понятно, может относиться к "предварительной электронной подписи", как она определена в законодательстве, однако держатель простого "пароля" не должен нести риска злоупотребления этим паролем не уполномоченными на то лицами[19].

17. Единообразные правила атрибуции сообщений данных могут быть полезными для повышения правовой определенности в отношении элементов, на которые сторона может полагаться для атрибуции ответственности за сообщения данных. Такие правила могут быть сформулированы в качестве презумпции с использованием элементов статьи 13 Типового закона. Они могут быть сопряжены с дополнительным преимуществом, заключающимся в ограничении сферы вопросов, которые, как ожидается, должны быть решены с помощью общих стандартов, касающихся электронных подписей, которые зачастую служат достижению иной цели.

b) Требования в отношении подписи

18. В связи с требованиями в отношении подписи один из вопросов, которые Рабочей группе необходимо рассмотреть, заключается в том, должен ли предварительный проект конвенции ограничиваться общим положением о признании электронных подписей или же он должен установить условия для правового признания электронных подписей с большей степенью детализации. В соответствии с первым вариантом Рабочая группа, возможно, пожелает включить в новый документ положение, аналогичное пункту 1 статьи 7 Типового закона. Этот вариант отражен в варианте A пункта 3 проекта статьи 9. В соответствии со вторым вариантом Рабочая группа может использовать более

---

[16] Amtsgericht Erfurt, Case No. 28 C 2354/01, 14 September 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 71/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm, ознакомление с материалом имело место 25 августа 2003 года).

[17] Landgericht Konstanz, Case No. 2 O 141/01 A, 19 April 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, ознакомление с материалом имело место 25 августа 2003 года).

[18] Landgericht Bonn, Case No. 2 O 450/00, 7 August 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 136/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm, ознакомление с материалом имело место 25 августа 2003 года).

[19] Oberlandesgericht Köln, Case No. 19 U 16/02, 19 April 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, ознакомление с материалом имело место 25 августа 2003 года).

детальную формулировку, аналогичную пункту 3 статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Этот вариант отражен в варианте B пункта 3 проекта статьи 9. Следует отметить, что эти варианты не являются взаимоисключающими, поскольку пункт 1 статьи 7 Типового закона об электронной торговле образует основу для более детальных правил, содержащихся в пункте 3 статьи 6 Типового закона об электронных подписях.

19. В конечном счете выбор между данными двумя вариантами сопряжен с принятием решения в отношении желательного уровня детализации, с тем чтобы обеспечить наличие разумных ориентиров и приемлемую степень единообразия. В любом случае представляется весьма важным, чтобы эти правила сохраняли надлежащую гибкость, с тем чтобы позволять сторонам и судам оценивать адекватность и надежность методов удостоверения подлинности, использующихся с учетом всех соответствующих обстоятельств.

20. В некоторых странах суды проявляли склонность к либеральному толкованию требований в отношений подписи. Суды в Соединенных Штатах Америки проявляли восприимчивость к законодательному признанию электронных подписей, допуская их использование и в ситуациях, которые не предусмотрены прямо в санкционирующем документе, таком как судебное предписание[20]. Для договорного контекста более важным является то, что суды также затрагивали вопрос об адекватности идентификации с учетом сделок, заключенных между сторонами, а не с использованием жесткого стандарта во всех ситуациях. Таким образом, если стороны регулярно пользовались электронной почтой в ходе своих переговоров, то суды устанавливали, что указание имени составителя в сообщении по электронной почте отвечает статутным требованиям в отношении подписи[21]. "Преднамеренное указание каким-либо лицом своего имени в напечатанном виде в конце всех сообщений по электронной почте" было сочтено действительным удостоверением подлинности[22]. В равной мере либеральный подход используется судами в

---

[20] *Department of Agriculture & Consumer Services v. Haire*, Court of Appeal of Florida, Case Nos. 4D02-2584 & 4D02-3315, 15 January 2003 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.4dca.org/Jan2003/01-15-03/4D02-2584op.pdf, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[21] Дело *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* сопряжено с предъявлением иска за нарушение договора, в связи с которым ответчик отрицал направление ряда заказов на приобретение. Стороны обменивались сообщениями по электронной почте. Как представляется, некоторая часть корреспонденции не имела подписи. Окружной суд вынес решение в пользу ответчика из-за отсутствия доказательств взятия им на себя предполагаемых обязательств по приобретению. Апелляционный суд отменил это решение, считая, что имя отправителя на сообщениях по электронной почте отвечает требованию в отношении подписи, установленному в статуте, касающемся мошенничества. Апелляционный суд далее считал, что ни нормы общего права, ни положения Единообразного торгового кодекса не требуют собственноручной подписи, "даже хотя такая подпись является наилучшим доказательством личности, чем напечатанная подпись". Цель статута, касающегося мошенничества, по мнению суда, "заключается в предупреждении того, чтобы договаривающаяся сторона ставила подлежащий судебному рассмотрению вопрос в отношении условий договора или же в отношении вопроса о том, существует даже такой договор, на основе лишь его утвердительного заявления. Эта цель не требует собственноручной подписи, особенно в том случае, когда существуют другие доказательства, а не просто утвердительное заявление, существования договора помимо письменной формы". (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 26 December 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 314, p. 296).

[22] *Jonathan P. Shattuck v. David K. Klotzbach*, Superior Court of Massachusetts, 11 December 2001, 2001 Mass. Super. LEXIS 642. В этом деле покупатель предъявил иск в обеспечение исполнения договора купли–продажи недвижимого имущества и возмещения ущерба, возникшего в результате предполагаемого нарушения этого договора, против продавцов. Продавцы обратились с ходатайством об отклонении иска, утверждая, что не было письменного и подписанного договора купли–продажи, который отвечал бы требованиям в отношении формы установленным в законодательстве Массачусетса. Стороны вели переговоры о купле–продаже недвижимого имущества посредством обмена сообщениями по

Колумбии, которые подтвердили допустимость судебного производства, ведущегося полностью посредством электронных сообщений. Представления, которыми обмениваются в ходе такого производства, являются действительными – даже в том случае, если они не были подписаны с помощью цифровой подписи[23], – поскольку в таких электронных сообщениях использовались методы, позволяющие идентифицировать стороны[24].

21. Однако в других странах, например во Франции, суды проявляют нежелание признавать электронные средства идентификации в качестве эквивалента собственноручных подписей до принятия законодательства, прямо признающего юридическую силу электронных подписей[25]. Вместе с тем были приняты также решения, признающие электронное архивирование административных жалоб с целью соблюдения статутного предельного срока, по меньшей мере, в том случае, когда они впоследствии подтверждаются отправлением сообщения по обычной почте[26].

22. В отличие от своего ограничительного подхода к атрибуции сообщений данных при заключении договоров, суды Германии проявляют либеральное отношение к признанию методов идентификации в качестве эквивалента собственноручных подписей в ходе судебного производства. Дискуссия в Германии развивалась вокруг вопроса о все более широком использовании отсканированных изображений подписи адвоката для удостоверения подлинности компьютерных факсимильных сообщений, содержащих ходатайство об обжаловании и препровождаемых непосредственно от компьютерной станции через модем на факсимильное устройство суда. В связи с предыдущими делами апелляционные суды[27] и федеральный суд

электронной почте. Вся корреспонденция по электронной почте между сторонами содержала напечатанную подпись в конце сообщений. Суд установил, что стороны заключили соглашение в отношении важных условиях договора о купле–продаже земельного участка. Были указаны стороны, местонахождение, характер сделки и покупная цена, что означает соблюдение требований, установленных статутом о мошенничестве. Кроме того, суд установил, что сообщения по электронной почте, направленные продавцом и касавшиеся условий купли–продажи данного имущества, предназначались для удостоверения их подлинности с помощью напечатанного имени продавца в конце его сообщений по электронной почте.

[23] Колумбия приняла Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Хотя этот закон содержит общее положение, аналогичное статье 7 Типового закона, он устанавливает правовую презумпцию подлинности только в отношении цифровых подписей (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico*, article 28).

[24] *Juan Carlos Samper v. Jaime Tapias*, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira Tolima, 21 July 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.alfa-redi.org/documento/alexdiaz.pdf,ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[25] Кассационный суд отклонил возможность принятия заявления об обжаловании, подписанного с помощью электронных средств, поскольку существовали сомнения в отношении идентификационных данных лица, проставившего подпись, и поскольку заявление об обжаловании было подписано с помощью электронных средств до вступления в силу закона от 13 марта 2000 года, который признал юридическую силу электронных подписей (Cour de Cassation, Second Civil Chamber, 30 April 2003, *Société Chalets Boisson v. M. X.*, с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[26] Conseil d'État, 28 December 2001, N° 235784, *Élections municipales d'Entre-Deux-Monts* (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.rajf.org/article.php3?id_article=467, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[27] Например, Oberlandesgericht Karlsruhe, Case No. 14 U 202/96, 14 November 1997, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 09/1998 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

(*Bundesgerichtshof*)[28] полагали, что отсканированное изображение собственноручной подписи не удовлетворяет установленным требованиям в отношении подписи и не удостоверяет личность соответствующего лица. Вполне понятно, что идентификационные данные могут быть отнесены к "предварительной электронной подписи", как это определяется в законодательстве Германии. Однако в целом именно законодатель, а не суды, должен установить условия для признания эквивалентности сообщений в письменной форме и нематериальных сообщений, препровождаемых путем передачи данных[29]. Такое понимание в конечном счете было отвергнуто с учетом единодушного мнения других высоких федеральных судов, которые признали возможность выдвижения определенных процессуальных аргументов посредством электронной передачи сообщений данных, сопровождаемой отсканированным изображением подписи[30].

23. Здесь не высказывается предположение о том, что соображения, которые обосновывают использование либерального подхода в контексте судебного или административного обжалования, могут быть прямо перенесены в контекст международных договоров. И действительно, хотя в договорном контексте сторона может сталкиваться с риском аннулирования соглашения другой стороной, в контексте гражданско–правового производства, как правило, сторона, использующая электронные подписи или записи, заинтересована в подтверждении своего одобрения записи и ее содержания. Тем не менее рассмотрение соответствующих вопросов выше показывает, каким образом суды могут проявлять в практике стремление к оценке надежности методов удостоверения подлинности с учетом целей, в которых такие методы используются.

---

[28] Bundesgerichtshof, Case No. XI ZR 367/97, 29 September 1998, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

[29] Федеральный суд (*Bundesgerichtshof*) признал, что прецедентное право в течение уже некоторого времени допускает использование факсимильных сообщений для изложения аргументов. Однако в таких случаях подлинный документ должен быть подписан собственноручно адвокатом, и такая подпись обычно содержится в факсимильном сообщении, полученном судами. Факсимильные сообщения, составленные и переданные непосредственно компьютером, вместе с тем, не образуют подлинного документа в материальной форме. Такого документа не образует и документ, подписанный собственноручно адвокатом. Только распечатка с факсимильного устройства суда образует материальный бумажный документ. Признание компьютерных факсимильных сообщений в конечном счете будет означать отказ от требований в отношении письменной формы, установленных законом. Законодатель призван предусмотреть условия для эквивалентности письменных документов и нематериальных сообщений, препровожденных посредством передачи данных. Этот результат, по мнению федерального суда (*Bundesgerichtshof*), может быть достигнут только с помощью закона, а не прецедентного права (см. примечание 28).

[30] В решении по делу, направленному ему федеральным судом (*Bundesgerichtshof*) (см. примечание 29 выше), совместная палата высоких федеральных судов Германии *(Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes)* отметила, что сами по себе требования в отношении формы в ходе судебного производства не являются целью. Их цель заключается в обеспечении достаточно надежного (“*hinreichend zuverlässig*”) определения содержания письменной формы и идентификационных данных лица, от которого она исходит. Совместная палата отметила эволюцию в практическом применении требований в отношении формы, с тем чтобы учесть предыдущие технологические достижения такие, как телекс или телефакс. Совместная палата считала, что принятие определенных процессуальных аргументов, представленных посредством электронной передачи сообщения данных со сканированным изображением подписи, соответствовало бы духу существующего прецедентного права (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 April 2000, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 160/2000 (с материалом можно ознакомиться на веб–странице www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm, ознакомление с материалом имело место 12 сентября 2003 года).

24. Другой аспект, который Рабочая группа, возможно, пожелает учитывать в ходе обсуждения, заключается в том, что в соответствии с пунктом 3 статьи 7 Типового закона об электронной торговле и пунктом 5 статьи 6 Типового закона об электронных подписях принимающее их государство имеет возможность исключать признание электронных подписей в конкретных ситуациях, которые должны быть указаны во внутреннем законодательстве. В идеальном случае целям международного правового согласования наилучшим образом служил бы согласованный всеми перечень исключений. Однако признается, что такой результат может и не быть легко достижимым. Одна из возможных альтернатив, которую Рабочая группа может пожелать рассмотреть, может предусматривать исключение только тех случаев, в которых внутреннее законодательство либо категорически исключает использование электронных подписей, либо предписывает использовать электронную подпись конкретного типа ("предварительная подпись" или "надежная подпись").

Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

ДОБАВЛЕНИЕ ((A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4)

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	*Стр.*
III.	Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах	1–25	
	D. Автоматизированные информационные системы	1–13	
	1. Ответственность за автоматизированные информационные системы	3–5	
	2. Ошибки в сообщениях и их передаче	6–13	
	E. Включение и доступность договорных условий	14–24	
	1. Включение условий и противоречия в договорных условиях	15–18	
	2. Доступность договорных условий	19–24	

III. Вопросы, связанные с использованием сообщений данных в международных договорах

D. Автоматизированные информационные системы

1. Автоматизированные компьютерные системы, которые иногда называются "электронными агентами", все более широко используются в электронной торговле, и по этой причине теоретики, в частности в Соединенных Штатах Америки, были вынуждены еще раз изучить традиционные доктрины общего права, касающиеся заключения договоров, с тем чтобы оценить их уместность применительно к договорам, заключаемым без вмешательства человека[1].

2. Представляется, что действующие конвенции по унификации правового регулирования никоим образом не исключают использование автоматизированных систем, например, для выдачи заказов на закупку или для обработки закупочных заявок. Дело, представляется, обстоит таким образом применительно к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже)[2], которая разрешает сторонам устанавливать свои собственные правила[3], например, в соглашении о торговом партнерстве в области электронного обмена данными (ЭДИ), регулирующем использование "электронных агентов". В Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле также отсутствуют специальные нормы по этому вопросу. Хотя, как представляется, ничто в Типовом законе не создает препятствий для использования полностью автоматизированных систем, вопросы, связанные с

[1] См. Anthony J. Bellia, Jr., “Contracting with electronic agents”, *Emory Law Journal*, vol. 50, fall 2001, pp. 1047-1092.

[2] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, p. 3 (также имеется на сайте www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm).

[3] Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже, ст. 9.

такими системами, в нем специально не регулируются, за исключением общего правила об атрибуции в пункте 2 (b) статьи 13[4].

1. Ответственность за автоматизированные информационные системы

3. В ходе первоначального обсуждения этого вопроса Рабочая группа выразила мнение, что, хотя формулировка "электронный агент" и использовалась для целей удобства, аналогия между автоматизированной системой и торговым агентом была бы неуместной. Общие принципы агентского права (например, принципы, касающиеся ограничения ответственности в результате ненадлежащего поведения агента) не могут быть использованы в связи с эксплуатацией таких систем. Рабочая группа также придерживалась мнения о том, что, в качестве общего принципа, лицо (будь то физическое или юридическое), от имени которого был запрограммирован компьютер, должно нести конечную ответственность за любое сообщение, подготовленное аппаратом (A/CN.9/484, пункты 106 и 107).

4. В настоящее время атрибуция действий, совершенных автоматизированными информационными системами, какому-либо физическому или юридическому лицу основывается на парадигме, состоящей в том, что автоматизированная информационная система способна совершать операции только в рамках технических структур заложенных в нее программ. В то же время, по крайней мере в теории, можно высказать предположение о том, что в будущем могут быть созданы новые поколения автоматизированных информационных систем, способных совершать операции не только автоматически, но и автономно. То есть в результате развития искусственного разума компьютер сможет "учиться на опыте, изменять инструкции в своих собственных программах и даже подготавливать новые инструкции"[5]. Такая возможность побудила некоторых комментаторов даже к утверждению о том, что автоматизированным компьютерным системам должны быть приданы по крайней мере некоторые элементы юридического лица[6] или что общая теория агентских услуг должна быть перенесена на компьютерные сделки[7]. В то же время другие комментаторы, как представляется, выражают меньшую готовность к наложению ответственности на аппараты и отдают предпочтение применению общих принципов права, таких как концепции "доверия" и "добросовестности", для установления связи между компьютером и лицом, от имени которого он совершает операции[8].

5. Несмотря на то, что внесения каких-либо изменений в общие нормы правового регулирования вопросов, связанных с договорами, как представляется, не требуется, в новом международном документе было бы, возможно, полезно ясно оговорить, что действия автоматизированных систем,

---

[4] В пункте 2 (b) статьи 13 Типового закона предусматривается, что в отношениях между составителем и адресатом сообщение данных считается сообщением данных составителя, если оно было отправлено "информационной системой, запрограммированной составителем или от его имени функционировать в автоматическом режиме".

[5] T. Allen and R. Widdison, “Can computers make contracts?”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 9, winter 1996, pp. 25-52.

[6] Например, Lawrence B. Solum, “Legal personhood for artificial intelligences”, *North Carolina Law Review*, vol. 70, 1992, pp. 1231-1287; and Leon E. Wein, “The responsibility of intelligent artifacts: toward an automated jurisprudence”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 6, 1992, pp. 103-154.

[7] David D. Wong, “The emerging law of electronic agents: e-commerce and beyond”, *Suffolk University Law Review*, vol. 33, 1999, pp. 83-106.

[8] См. Jean-François Lerouge, “The use of electronic agents questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level”, *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 18, winter 1999, pp. 403-433. Аналогично с точки зрения общего права, см. C. C. Nicoll, “Can computers make contracts?”, *The Journal of Business Law*, January 1998, p. 42.

запрограммированных и используемых человеком, будут связывать пользователя системы, независимо от того, имел ли место надзор человека за той или иной конкретной операцией.

2. Ошибки в сообщениях и их передаче

6. С вопросом об использовании автоматизированных компьютерных систем тесно связана проблема ошибок и оплошностей в электронной торговле. Такие ошибки могут быть либо результатом действий человека (например, опечаток), либо являться последствием сбоев в функционировании используемой информационной системы.

a) Ошибки человека

7. Поскольку материально–правовые вопросы, возникающие при заключении договоров, в Типовом законе не регулируются, в нем не рассматриваются и последствия ошибок и оплошностей при электронном заключении договоров. В то же время в недавних единообразных законодательных актах, принятых для введения в действие Типового закона, таких как канадский Единообразный закон об электронной торговле (ЕЗЭТ) и Единообразный закон об электронных операциях Соединенных Штатов (ЕЗЭО), содержатся положения, касающиеся ошибок, совершенных физическими лицами при операциях с автоматизированной компьютерной системой другого лица. Соответствующие положения в ЕЗЭТ (раздел 22) и в ЕЗЭО (раздел 10) устанавливают условия, при которых физическое лицо не будет связано договором в случае совершения им существенной ошибки.

8. Представляется, что положения, подобные тем, которые включены в ЕЗЭТ и ЕЗЭО, исходят из относительно более высокой опасности того, что ошибка, совершенная в сделках с участием физического лица, с одной стороны, и автоматизированной компьютерной системой, с другой, может остаться необнаруженной, по сравнению со сделками с участием только физических лиц. Ошибки, совершенные физическим лицом в такой ситуации, могут стать необратимыми после отправки акцепта.

9. В поддержку выработки материально–правовой нормы о последствиях компьютерных ошибок может быть приведен довод о том, что в других международных текстах, таких как Принципы международных коммерческих контрактов МИУЧП, последствия ошибок для действительности договора рассматриваются, хотя и ограничительно (см. статьи 3.5 и 3.6). В то же время может быть приведен встречный довод о том, что положение подобного рода будет представлять собой вмешательство в действия установившихся концепций договорного права и может быть неуместным в контексте документа, непосредственно посвященного электронной торговле, с учетом риска дублирования правовых режимов (см. A/CN.9/WG.IV/WP.96, стр. 4 и A/CN.9/WG.IV/WP.101, стр. 3).

10. Несколько иной подход может состоять в том, чтобы предусмотреть только положения, поощряющие наилучшую коммерческую практику, такие как положения, которые будут побуждать коммерческие круги к предоставлению в распоряжение пользователя процедур для обнаружения и исправления ошибок при электронном заключении договоров, причем последствия ошибок для действительности договора регулироваться не будут. В пункте 2 статьи 11 Директивы 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 года[9] о некоторых юридических аспектах услуг информационного общества, в частности электронной торговли, на рынке Интернет устанавливается подобное обязательство для поставщиков "услуг информационного общества". В то же

[9] *Official Journal of the European Communities* No. L 17, 17 July 2000, pp. 1-16.

время следует признать, что в рамках осуществления Директивы ЕС государства установили различные дополнительные последствия для неспособности стороны обеспечить процедуры для обнаружения и исправления ошибок при электронном заключении договоров. Например, в Австрии[10], Ирландии[11], Италии[12] и Испании[13], такая неспособность представляет собой административное правонарушение и на правонарушителя может быть наложен штраф[14]. В Германии[15] предусматриваемые последствия состоят в продлении срока, в течение которого потребитель может расторгнуть договор, так как течение срока начинается лишь с момента, когда коммерсант выполнил свои обязательства. Аналогичные последствия предусматриваются в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии, в котором потребитель "должен иметь право расторгнуть договор, если только какой-либо суд, обладающий юрисдикцией в отношении соответствующего договора, не вынесет иного постановления по ходатайству поставщика услуг"[16].

b) Ошибки в функционировании информационных систем

11. Другой вопрос, который был предложен для рассмотрения Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), состоит в том, следует ли в новом международном документе урегулировать проблему ошибок, совершенных самой автоматизированной системой. В ходе первоначального обсуждения этого вопроса Рабочая группа ЮНСИТРАЛ по электронной торговле придерживалась мнения, что ошибки, совершенные любой такой системой, должны в конечном итоге относиться на счет лиц, от имени которых они эксплуатируются. Тем не менее Рабочая группа признала, что могут существовать обстоятельства, оправдывающие смягчение этого принципа, например случаи, когда автоматизированная система готовит ошибочные сообщения таким образом, который не мог быть разумно предугадан лицом, от имени которого сообщения были разосланы. Высказывалось мнение о том, что элементы, которые следует учитывать при рассмотрении возможных ограничений ответственности стороны, от имени которой эксплуатируются автоматизированные системы, включают ту степень, в которой эта сторона осуществляет контроль над программным обеспечением или другими техническими аспектами программирования такой системы (A/CN.9/484, пункт 108).

12. Сложность возникающих вопросов может быть проиллюстрирована тремя весьма аналогичными делами, при рассмотрении которых германские суды пришли к противоположным выводам[17]. Эти дела связаны с куплей–продажей

---

[10] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, para. 4.

[11] European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, regulation 13 (5).

[12] *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 21, para. 1.

[13] *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, arts. 38 and 39.

[14] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, para. 4.

[15] *Bürgerliches Gesetzbuch*, sect. 312e, para. 1, first sentence.

[16] Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013), regulation 15.

[17] Oberlandesgericht Frankfurt, 20 November 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Landgericht Köln, 16 April 2003, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm); and Amtsgericht Westerburg, Case No. 21 C 26/03, 14

товаров, ошибочно предложенных через Интернет по цене ниже той, которую намеревался назначить продавец. Все они связаны с использованием интерактивных прикладных систем, которые в автоматизированном порядке подготовили ответы от продавца, содержащие указание на то, что "заказ" (Auftrag) потребителя будет "выполнен" (ausgeführt) незамедлительно. Было высказано предположение, что ошибки были совершены компьютерным оборудованием в ходе обработки и размещения информации продавца на веб-сайтах, поддерживаемых независимыми поставщиками Интернет–услуг. Суды подтвердили принцип атрибуции подготовленных в автоматическом порядке сообщений лицам, от имени которых была запрограммирована система и разосланы сообщения. Суды последовательно рассматривали рекламу товаров через Интернет в качестве простого приглашения к переговорам (invitatio ad offerendum) и сочли, что обязывающий договор будет заключаться только после акцепта продавцом предложения (оферты) покупателя. Далее суды подтвердили юридическую силу сообщений, направленных в результате использования автоматической функции ответа, в качестве связывающих выражений намерения (Willenserklärung) и юридически действительного акцепта для целей достижения договора.

13. Тем не менее один апелляционный суд счел, что ошибка в указании цены в рекламе в сети Интернет представляла собой порок в акцепте продавца, который лишил его действительности[18]. В свою очередь два окружных суда сочли приглашение к переговорам, выраженное через рекламу в Интернете, в качестве отдельного юридического акта по отношению к возможному акцепту оферты покупателя и, таким образом, ошибка в первом случае не влияла на действительность акцепта продавца[19]. Хотя на эти выводы, возможно, оказали влияние определенные фактические различия между делами[20], расхождения в вынесенных решениях обусловливаются, как представляется, расхождениями во мнениях относительно распределения рисков, вызываемых сбоями в функционировании коммерческих веб-сайтов.

E. Включение и доступность договорных условий

14. Один дополнительный вопрос, связанный с заключением договоров посредством частичного или полного участия в этом процессе автоматизированных информационных систем, заключается в правовых последствиях включения с помощью ссылки договорных условий, доступных через "гипертекстовую ссылку". Еще один вопрос связан с доступностью и сохранением или воспроизведением договорных условий.

March 2003, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm). Посещено 9 сентября 2003 года.

[18] Oberlandesgericht Frankfurt: “Die unrichtige Übermittlung der ‘invitatio ad offerendum’ wirkte bei der infolge der entsprechenden Programmierung automatisch erstellten und dann an den Rechner des Klägers elektronisch übermittelten Annahmeerklärung der Beklagten noch fort.” (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm).

[19] Landgericht Köln: “Eine auf diesen Irrtum gestützte Anfechtung kommt gleichwohl nicht in Betracht, weil der Irrtum nach dem klägerischen Sachvortrag allenfalls bei der Einstellung der Preisangaben ins Internet, nicht aber zum massgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung vorgelegen hat.” (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm). Аналогично, Amtsgericht Westerburg (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm).

[20] Например, во Франкфуртском деле рекламная цена составляла 1 процент от обычной стоимости товара, в то время как в Кёльнском деле суд счел, что цена, которая, как утверждалось, была на 50 процентов ниже обычной рыночной, не представляла собой ничего необычного (keine Seltenheit) для торговли через Интернет.

1. Включение условий и противоречия в договорных условиях

15. Вопрос о включении договорных условий рассматривается в статье 5 бис Типового закона. В этом положении устанавливается общее правило, состоящее в том, что информация не может быть лишена действительности или исковой силы лишь на том основании, что она была включена путем ссылки. Нормы внутреннего законодательства обычно выходят за рамки этого общего правила и устанавливают материально–правовые условия для признания исковой силы договорных условий, включенных путем ссылки. Этот порядок объясняется тем, что суды, как представляется, проводят различие между условиями, составленными одной стороной, которая пытается обеспечить их принудительное исполнение другой стороной, и условиями, установленными третьей стороной и предназначенными для применения ко всем сделкам, заключаемым на том или ином конкретном рынке или при помощи того или иного конкретного механизма, предлагаемого такой третьей стороной. В первой ситуации представляется, что суды во многих правовых системах не предполагают в автоматическом порядке, что сторона согласилась с условиями, включенными путем ссылки. Так, суды требовали специального акта включения и не считали, что простое наличие таких условий в легко доступном ресурсе (таком как веб-сайт одной из сторон) является достаточным для эффективного включения этих условий в договор, в котором на них не содержится иных ссылок[21]. Представляется, что суды не исключали категорически возможность включения условий путем простого щелчка кнопкой мыши по иконе "я согласен" на экране компьютера[22]. В то же время суды часто требовали продемонстрировать в несомненном порядке, что соглашающаяся с условиями сторона либо имела возможность фактически получить доступ к этим условиям и прочитать их, либо что эта сторона была в должном порядке предупреждена, через помещенное заметным образом уведомление или иным образом, о существовании таких условий и об их применимости к соответствующей сделке[23].

16. В некоторых правовых системах суды, как представляется, проводят различие между договорными условиями, составленными одной из сторон, и договорными условиями, составленными другим субъектом (третьей стороной), который предлагает сторонам электронную платформу для проведения переговоров. Этот вопрос возникал, например, в связи с Интернет–аукционами в Германии. В одном из самых первых случаев окружной суд в Германии счел, что лицо, предлагающее товары через платформу в сети Интернет, предназначенную для проведения аукционов, сделало не связывающую оферту, а лишь приглашение к представлению оферт в отношении соответствующих товаров в

---

[21] Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Case No. 3 U 168/00, 13 June 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 288/2002 (имеется на сайте www.jurpc.de/rechtspr/20020288.htm, посещено 1 сентября 2003 года).

[22] См. *Lawrence Groff v. America Online, Inc.*, Superior Court of Rhode Island, 27 May 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (available at http://legal.web.aol.com/decisions/dlother/groff.html, посещено 1 сентября 2003 года); *Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie*, United States District Court for the Northern District of California, 16 April 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al*, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 2 July 1999 (New Jersey Superior Court Reports, vol. 323, p. 118); and *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.*, United States District Court, District of Massachusetts, 2 January 2002 (Federal Supplement, 2nd series, vol. 183, p. 328).

[23] Например, *Specht v. Netscape Communications Corp.*, Federal Supplement, 2nd series, vol. 150, p. 585, affirmed in *Specht v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1 October 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 306, p. 17.

течение установленного срока[24]. Тот факт, что общие условия оператора аукционной платформы определяли предложение товаров на аукционе в качестве "связывающего и безотзывного", не был сочтен определяющим. Это решение было впоследствии отменено апелляционным судом, который счел, что сторонам не было необходимости ссылаться – или иным образом включать в свои сообщения – на общие условия оператора платформы для проведения аукционов, в которых оговаривался связывающий характер предложений товаров на аукционе. Следует предполагать, что обе стороны заблаговременно приняли эти общие условия[25]. Этого понимания придерживались другие суды[26], и оно было также подтверждено Федеральным судом (Bundesgerichtshof), указавшим к тому же, что продавец, если бы он того хотел, мог бы избежать создания впечатления о том, что он будет связан офертой, если бы он включил соответствующее заявление в автоматически рассылаемые ответы. В то же время, на оговорку к общим условиям, которая не воспринимается как таковая адресатами оферты, нельзя ссылаться в их отношениях[27].

17. Другой вопрос, касающийся заключения договоров с помощью автоматизированных информационных систем, связан с юридической силой договорных условий, которые указываются на видеоэкране, но появление которых не обязательно ожидается какой-либо из сторон. Непосредственно с этим вопросом связана проблема "войны форм", которая может вызывать серьезные трудности в контексте электронных сделок, особенно в случаях, когда используются полностью автоматизированные системы и не имеется средств для согласования противоречащих друг другу договорных условий.

18. Ни один из этих вопросов в статье 5 бис Типового закона не регулируется, поскольку в ней содержится лишь общее положение, направленное на подтверждение юридической силы информации, включаемой с помощью ссылки. Кроме того, ни Типовой закон, ни Конвенция Организации Объединенных Наций по купле–продаже прямо не предусматривают решения для хорошо известной проблемы "войны форм"[28]. Масштабы этой проблемы и глубокие различия как в принципиальных, так и в технических подходах к урегулированию этих вопросов во внутреннем законодательстве[29] позволяют ожидать возникновения серьезных препятствий на пути международной унификации.

2. Доступность договорных условий

19. За исключением случаев чисто устных сделок результатом заключения большинства договоров с помощью традиционных средств будет являться какая-

---

[24] Landgericht Münster, 21 January 2000, Case No. 4 O 424/99, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (available at www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm, посещено 1 сентября 2003 года).

[25] Oberlandesgericht Hamm, 14 December 2000, Case No. 2 U 58/00, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (available at www.jurpc.de/rechtspr/20000255.htm, посещено 1 сентября 2003 года).

[26] Amtsgericht Hannover, 7 September 2002, Case No. 501 C 1510/01, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (available at www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm, посещено 1 сентября 2003 года).

[27] Bundesgerichtshof, 7 November 2001, Case No. VIII ZR 13/01, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (available at www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm, посещено 1 сентября 2003 года).

[28] Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже косвенно предлагает решение этого вопроса в пункте 2 статьи 19. Специальные правила по этому вопросу содержатся в Принципах МИУЧП для международных коммерческих контрактов (МИУЧП, Рим, 1994 год).

[29] Общий обзор различий между американским и европейским правом проводится в James R. Maxeiner, “Standard terms contracting in the global electronic age: European alternatives”, *Yale Journal of International Law*, vol. 28, No. 1 (winter 2003), pp. 109-182.

либо материальная запись о сделке, на которую стороны могут ссылаться в случае сомнений или споров. При электронном заключении договоров такая запись, которая может существовать в виде сообщения данных, может сохраняться лишь в течение определенного срока или может быть доступной только той стороне, через информационную систему которой был заключен договор. Таким образом, некоторые недавно принятые нормативные акты по электронной торговле, такие как Директива ЕС, требуют от лица, предлагающего товары или услуги через общедоступные информационные системы, предоставления средств для хранения или распечатки договорных условий.

20. Представляется, что в основе установления таких конкретных обязательств лежит заинтересованность в укреплении юридической определенности, прозрачности и предсказуемости применительно к международным сделкам, заключаемым с помощью электронных средств. Таким образом, было бы, возможно, вполне разумным предусмотреть требование о том, чтобы предоставлялась определенная информация или предлагались определенные технические средства для обеспечения такой доступности договорных условий, которая позволяла бы их хранение и воспроизведение в отсутствие предварительной договоренности между сторонами, например, соглашения о торговом партнерстве или какого-либо другого соглашения.

21. Ни Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже, ни большинство международных документов, касающихся коммерческих контрактов, подобных обязательств не предусматривают. Рабочая группа столкнулась с принципиальным вопросом, заключающимся в том, следует ли ей предложить установление конкретных обязательств для сторон, осуществляющих коммерческие операции в электронной среде, даже если такие обязательства могут и не существовать при заключении договоров между сторонами с помощью более традиционных средств. Одно из возражений против включения обязательств о раскрытии информации в новый международный документ по унификации правового регулирования состояло в том, что последствия невыполнения какого-либо из этих обязательств одной из сторон должны быть хорошо продуманы и определены (см. A/CN.9/WG.IV/WP.96, приложение, стр. 6).

22. Мнения, высказывавшиеся до настоящего времени в рамках Рабочей группы, разделились на два лагеря. Одна из точек зрения состояла в том, что вопрос об обязательствах раскрывать определенную информацию должен быть оставлен на урегулирование на основании международных отраслевых стандартов или руководящих принципов или, что касается национального уровня, на основании режимов, регулирующих предоставление услуг онлайн, особенно правил о защите потребителей, и что его не следует включать в какую-либо международную конвенцию, касающуюся электронного заключения договоров (A/CN.9/509, пункт 63). Другая точка зрения заключалась в том, что обязательства о раскрытии определенной базовой информации о коммерческом предприятии будут способствовать добросовестной коммерческой практике и укреплению доверия к электронной торговле (A/CN.9/509, пункт 64).

23. Опыт применения Директивы ЕС не позволяет точно установить, каковы должны быть последствия в случаях, если "услуги информационного общества" не отвечают положениям этой Директивы по данному вопросу. В отсутствие единообразных санкций государства – члены ЕС предусмотрели в своих национальных законах самые различные последствия[30]. Законы Австрии[31],

[30] Это являлось одним из аргументов, выдвинутых международной торговой палатой в ее критических замечаниях в адрес соответствующего положения предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.101, стр. 6).

[31] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie*

Ирландии[32], Италии[33] и Испании[34] предусматривают, например, что неспособность обеспечить доступность договорных условий представляет собой административное правонарушение и что на нарушителя может быть наложен штраф[35]. В праве Соединенного Королевства проводится различие между раскрытием информации и доступностью договорных условий. В первом случае эти обязанности "должны защищаться исками, предъявляемыми по инициативе любого получателя услуги в связи с причинением убытков из нарушения статутной обязанности"[36]. Во втором случае потребитель "может ходатайствовать о вынесении судом, обладающим юрисдикцией в отношении соответствующего договора, приказа, требующего от поставщика услуг выполнения этого требования"[37]. В Германии предусматриваемые последствия заключаются в продлении срока, в течение которого потребитель может расторгнуть договор, и течение такого срока не начинается до момента, когда коммерсант выполняет свои обязательства[38]. В большинстве случаев подобные санкции не исключают других последствий, которые могут быть предусмотрены законом, например применения санкций согласно законодательству о справедливой конкуренции[39].

24. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в предварительный проект конвенции единообразный режим последствий неисполнения требований проекта статьи 15 и, в случае положительного ответа, какого рода последствия было бы уместно предусмотреть. Несомненно, можно привести довод о том, что признание коммерческих контрактов недействительными в случае несоблюдения обязательств о раскрытии информации может представлять собой беспрецедентное решение для текста ЮНСИТРАЛ, поскольку другие тексты, такие как Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже, вопроса о действительности контрактов не регулируют. С другой стороны, установление других видов санкций, таких как ответственность из деликта или административные санкции, будет, по всей вероятности, выходить за пределы сферы работы, проводившейся до настоящего времени ЮНСИТРАЛ. Один из вариантов действий, который, возможно, пожелает изучить Рабочая группа, может заключаться в установлении правил, ограничивающих право стороны полагаться на договорные условия или добиваться их принудительного исполнения, если не была обеспечена их доступность для другой стороны в соответствии с проектом статьи 15.

---

der Zivilprozessordnung (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, para. 4.

32 European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, regulation 7 (2).

33 *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 21, para. 1.

34 *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, arts. 38 and 39.

35 *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, para. 4.

36 Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013), sect. 11 (2), regulation 13.

37 Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013), sect. 11 (2), regulation 14.

38 *Bürgerliches Gesetzbuch*, sect. 312e, para. 1, first sentence.

39 Германский суд постановил, например, что неуказание какой-либо компанией ее названия и адреса, как это требуется согласно германскому Закону о дистанционной купле–продаже (Fernabsatzgesetz), который в значительной мере основывается на директиве Европейской комиссии, представляет собой акт несправедливой конкуренции, в связи с которым конкуренты нарушителя могут обратиться за вынесением судебного запрета (Oberlandesgericht Frankfurt, Case No. 6 W 37/01, 17 April 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 135/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010135.htm).

D. Рабочий документ о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: замечания Международной торговой палаты, представленные Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

(A/CN.9/WG.IV/WP.105) [Подлинный текст на английском языке]

Секретариат получил замечания целевой группы, созданной Международной торговой палатой, в связи с рассмотрением Рабочей группой возможного нового международного документа об электронном заключении договоров. Текст этих замечаний воспроизводится в приложении к настоящей записке в том виде, в котором он был получен Секретариатом.

ПРИЛОЖЕНИЕ

E-термс 2004 МТП и ЮНСИТРАЛ

1. Введение

Международная торговая палата (МТП) выражает признательность ЮНСИТРАЛ за приглашение представить мнения относительно нынешних предложений ЮНСИТРАЛ о юридических рамках для электронного заключения договоров.

На последней сессии Рабочей группы IV ЮНСИТРАЛ, которая проходила в Нью–Йорке с 5 по 9 мая 2003 года, МТП сообщила ЮНСИТРАЛ о том, что она подготовит исходящий из принципов саморегулирования юридический документ, основывающийся на оценке коммерческой практики и потребностей в области электронного заключения договоров. Предложение МТП представлено в качестве документа Организации Объединенных Наций A/CN.9/WG.IV/WP.101.

В этом документе описываются новые моменты и прогресс в работе МТП после майской сессии 2003 года. МТП с удовольствием более подробно сообщит о своей работе Рабочей группе ЮНСИТРАЛ на ее следующей сессии, которая будет проведена 17–21 ноября в Вене.

2. Целевая группа МТП по электронному заключению договоров

Для того чтобы придать своей работе надлежащую направленность, МТП учредила Целевую группу по электронному заключению договоров. Сопредседателями Целевой группы являются:

→ **профессор Чарльз Дебаттиста** (Соединенное Королевство), профессор коммерческого права, Университет Саутгемптона; Председатель Целевой группы МТП по Инкотермс

→ **Кристофер Кунер** (Бельгия), партнер, "Хантон и Вильямс"; Председатель Целевой группы МТП по международным усилиям в области согласования.

Членами Целевой группы являются эксперты компаний самых разных размеров, действующих во всех секторах и представляющих многие страны из самых различных регионов мира; в числе немногих примеров можно упомянуть Венесуэлу, Германию, Канаду, Китай, Мексику, Сирию, Соединенное Королевство, Францию, Швейцарию и Швецию.

Целевая группа создана в рамках совместной инициативы двух комиссий МТП: Комиссии МТП по коммерческому праву и практике (КПП) и Комиссии МТП по электронным коммерческим операциям, информационным технологиям и телекоммуникациям (ЭКОИТТ).

3. Е-термс 2004 МТП

Целевая группа МТП по электронной торговле приступила к работе над проектом документа МТП под названием Е-термс 2004. Этот проект будет к концу сентября распространен среди членов и национальных комитетов МТП в более чем 130 странах. Как ожидается, Е-термс 2004 будет окончательно доработан и принят Исполнительным советом МТП в первой половине 2004 года. Проект Е-термс 2004 будет более подробно представлен на следующей сессии РГ IV ЮНСИТРАЛ, которая будет проведена 17–21 ноября 2003 года в Вене.

Е–термс 2004 МТП будет носить целенаправленный и прагматический характер, отражать практические решения и проблемы и учитывать различные потребности крупных и мелких компаний. По своей природе Е-термс 2004 будет добровольным документом, не вступающим в коллизию с принципом автономии сторон. Сфера охвата Е–термс 2004 основывается на тщательной оценке практики и потребностей компаний различных секторов и размеров. Е–термс 2004 будет состоять из типовых оговорок и документа, содержащего рекомендации по их использованию.

Е–термс 2004 МТП был с огромным интересом встречен прессой и явился предметом ряда статей, в том числе "Clearing up e-contracting issues" ("Ликвидация проблем в области электронного заключения договоров"), опубликованной в "Лигал таймс" от 21 июля 2003 года, и "Industry Group Urges Self-Regulation of E-Contracts" ("Промышленная группа настоятельно призывает к саморегулированию в области электронного заключения договоров") – титульной статьи в "Вашингтон Интернет Дейли" от 25 августа 2003 года.

МТП с удовольствием представит Е–термс 2004 членам Рабочей группы IV ЮНСИТРАЛ в ноябре 2003 года и будет совместно работать с ЮНСИТРАЛ по этим чрезвычайно важным для глобального коммерческого сообщества вопросам.D.

E. Рабочий документ о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: замечания Всемирной организации интеллектуальной собственности, представленные Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

(A/CN.9/WG.IV/WP.106) [Подлинный текст на английском языке]

1. В соответствии с просьбой Рабочей группы, высказанной на ее сорок первой сессии (A/CN.9/528, пункт 58), Секретариат запросил мнение Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) по вопросу о том, может ли, по мнению ВОИС, включение договоров, касающихся лицензирования прав интеллектуальной собственности, в сферу действия предварительного проекта конвенции, который рассматривается Рабочей группой, с тем чтобы прямо признать использование сообщений данных в контексте таких договоров, иметь отрицательные последствия для действующих норм о защите прав интеллектуальной собственности.

2. 7 октября 2003 года Секретариат получил от Управления стратегического планирования и разработки политики Международного бюро ВОИС следующий ответ:

> "Международное бюро ВОИС благодарит секретариат ЮНСИТРАЛ за предоставление ему возможности провести обзор предварительного проекта конвенции об электронном заключении договоров. Специалисты по вопросам права, работающие в Международном бюро ВОИС, рассмотрели данный проект и сделали вывод об отсутствии необходимости в положении об исключении, касающемся договоров, которые затрагивают права интеллектуальной собственности. На этом этапе Международное бюро ВОИС не имеет дополнительных замечаний по данному проекту. Вместе с тем мы были бы признательны, если бы секретариат ЮНСИТРАЛ смог направить нам соответствующие документы и доклад о международном документе, с тем чтобы мы могли представить дополнительные замечания, если таковые будут, в отношении пересмотренного проекта в будущем".

F. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 15-19 марта 2004 года)

(A/CN.9/548) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
V.	Введение	1–3
VI.	Организация работы сессии	4–11
VII.	Краткое изложение обсуждений и решений	12–13
VIII.	Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции	14–124
	Статья 14 [16]. Ошибки в передаче электронных сообщений	14–26
	Статья X .Заявления об исключении	27–37
	Статья Y. Обмен сообщениями согласно другим международным конвенциям	38–70
	Статья 1. Сфера применения	71–97
	Статья 2. Исключения	98–111
	Статья 3. Вопросы, не регулируемые настоящей Конвенцией	112–118
	Статья 4. Автономия сторон	119–124

I. Введение

1. На своей тридцать четвертой сессии (Вена, 25 июня – 13 июля 2001 года) Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) утвердила ряд рекомендаций в отношении будущей деятельности, которые были подготовлены Рабочей группой по электронной торговле на ее тридцать восьмой сессии, проходившей в Нью–Йорке 12–23 марта 2001 года. Они включали, наряду с другими темами, подготовку международного документа, регулирующего некоторые вопросы электронного заключения договоров, и всесторонний обзор возможных правовых препятствий на пути развития электронной торговли, содержащихся в международных документах.

2. Рабочая группа приступила к обсуждению этих тем на своей тридцать девятой сессии, проходившей в Нью–Йорке 11–15 марта 2002 года, когда она рассмотрела записку Секретариата, в которой содержался первоначальный проект, получивший временное название "Предварительный проект конвенции о [международных] договорах, заключенных или подтвержденных с помощью сообщений данных" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I). Ход обсуждений в Рабочей группе отражен в докладе о работе тридцать девятой сессии (A/CN.9/509). Рабочая группа возобновила рассмотрение предварительного проекта конвенции на своей сороковой сессии, проходившей в Вене 14–18 октября 2002 года, в ходе которой она завершила первоначальное рассмотрение этого текста (A/CN.9/527, пункты 72–126). Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренный текст предварительного проекта конвенции для рассмотрения Рабочей группой на ее сорок первой сессии. Рабочая группа рассмотрела пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.100) на своей сорок первой сессии,

проходившей в Нью–Йорке 5–9 мая 2003 года, в ходе которой она рассмотрела статьи 1–11 (A/CN.9/528, пункты 26–151). К Секретариату была обращена просьба подготовить следующий пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции для рассмотрения Рабочей группой на ее сорок второй сессии.

3. Более подробное изложение обсуждений, состоявшихся на этих сессиях, содержится в докладе Рабочей группы о работе ее сорок второй сессии, проходившей в Вене 17–21 ноября 2003 года (A/CN.9/546, пункты 1–24). На своей сорок второй сессии Рабочая группа рассмотрела новый пересмотренный текст предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.103, приложение). Рабочая группа рассмотрела статьи 8–15 и просила внести в связи с этим ряд изменений (A/CN.9/546, пункты 39–135).

II. Организация работы сессии

4. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою сорок третью сессию в Нью–Йорке 15–19 марта 2004 года. На сессии присутствовали представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Германии, Гондураса, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Марокко, Мексики, Российской Федерации, Сингапура, Соединенных Штатов Америки, Судана, Уганды, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

5. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Беларуси, Бельгии, Ботсваны, Венесуэлы, Вьетнама, Ганы, Дании, Индонезии, Ирака, Ирландии, Катара, Кубы, Кувейта, Лесото, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Монголии, Новой Зеландии, Объединенной Республики Танзания, Перу, Польши, Республики Корея, Саудовской Аравии, Сенегала, Сербии и Черногории, Сирийской Арабской Республики, Таиланда, Турции, Филиппин, Финляндии и Чешской Республики.

6. На сессии также присутствовали наблюдатель от Святейшего Престола, не являющегося членом государства, имеющего представительство при Центральных учреждениях.

7. Представители следующих организаций системы Организации Объединенных Наций и других международных организаций приняли участие в работе сессии в качестве наблюдателей: Европейская экономическая комиссия, Всемирный банк, Всемирная организация интеллектуальной собственности, Афро–азиатская консультативно–правовая организация, Секретариат Содружества, Европейская комиссия и Межпарламентская ассамблея государств –членов СНГ.

8. Следующие неправительственные организации были приглашены Комиссией принять участие в работе сессии в качестве наблюдателей: Американская ассоциация адвокатов, Ассоциация адвокатов города Нью–Йорка, Центр международных юридических исследований, Международная торговая палата, Институт международного права, Международный союз нотариусов стран романских языков, Европейская ассоциация студентов–юристов и Международный союз адвокатов.

9. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: Джеффри Чан Вах Тек (Сингапур);

Докладчик: Лихия Клаудия Гонсалес Лосано (Мексика).

10. На рассмотрении Рабочей группы находился новый пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции, в котором отражены результаты обсуждений, проведенных Рабочей группой на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.108, приложение).

11. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

III. Краткое изложение обсуждений и решений

12. Рабочая группа возобновила свое обсуждение нового пересмотренного варианта предварительного проекта конвенции, содержащегося в приложении к записке Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.108). Решения и обсуждения Рабочей группы в связи с проектом конвенции отражены в главе IV ниже. К Секретариату была обращена просьба подготовить новый пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции на основе проведенных обсуждений и принятых решений для рассмотрения Рабочей группой на ее сорок четвертой сессии, которую в предварительном порядке планируется провести в Вене с 18 по 22 октября 2004 года.

13. Рабочая группа провела общее обсуждение проектов статей 5–7 бис. Рабочая группа рассмотрела замечания, в которых в предварительном порядке излагались положения, которые могли бы быть приняты делегациями, при том понимании, что эти замечания не создают последствий для проекта текста, который будет официально изучен на сорок четвертой сессии Рабочей группы. Рабочая группа согласилась с тем, что ей следует попытаться завершить свою работу над проектом конвенции с целью обеспечить возможность его рассмотрения и принятия Комиссией в 2005 году.

IV. Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции

Статья 14 [16]. Ошибки в передаче электронных сообщений

14. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи 14 [16]:

"Вариант A

[Если стороны [прямо] не договорились об ином,] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и:

a) автоматизированная информационная система не предоставляет этому лицу возможности предупредить или исправить ошибку;

b) это лицо уведомляет другую сторону об ошибке в кратчайший практически возможный срок, когда это лицо узнает о ней, и указывает, что оно сделало ошибку в сообщении данных;

[c) это лицо предпринимает разумные шаги, включая шаги, отвечающие инструкциям другой стороны о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, уничтожает такие товары или услуги; и

d) это лицо не использовало и не получало никаких материальных выгод или стоимости от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другой стороны.]

Вариант B

1. [Если стороны [прямо] не договорились об ином,] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и автоматизированная информационная система не предоставляет ему возможности предупредить или исправить ошибку. Лицо, ссылающееся на ошибку, должно уведомить другую сторону об ошибке в кратчайший практически возможный срок и указать, что оно сделало ошибку в сообщении данных.

[2. Лицо не имеет права ссылаться на ошибку согласно пункту 1:

a) если это лицо не предпринимает разумных шагов, включая шаги, отвечающие инструкциям другой стороны о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, не уничтожает такие товары или услуги; или

b) если это лицо использовало и получало какие-либо материальные выгоды или стоимость от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другой стороны.]"

15. Широкое распространение и решительную поддержку получило мнение о том, что этот проект статьи следует исключить, поскольку он касается материально–правовых вопросов договорного права, а эти вопросы в проекте конвенции регулироваться не должны. Было указано, что ошибки в отношениях между физическими лицами и автоматизированными информационными системами по существу не отличаются от ошибок, совершенных в контексте использования традиционных средств связи, и что, таким образом, какие-либо специальные правила не являются ни необходимыми, ни желательными. Проблемы, которые могут возникнуть в электронной среде, должны решаться не в проекте конвенции, а регулироваться применимым правом. Была выражена обеспокоенность относительно возможного воздействия данного проекта на действующие нормы, регулирующие вопросы ошибок. В то время как первоначальный вариант этого проекта статьи (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I) касался только обеспечения доступности средств для исправления ошибок в сообщениях, обмен которыми происходит посредством автоматизированных информационных систем, в силу нынешнего варианта силы лишается весь договор, а подобный результат может и не предусматриваться внутренним законодательством.

16. Другой довод, выдвинутый против сохранения этого проекта статьи, состоял в том, что данное положение может создать неблагоприятные последствия для функционирования финансовых систем, а также биржевых или товарных рынков, если сторонам будет предоставлена возможность отзывать

впоследствии свои оферты или заявки на том основании, что они были сделаны в результате ошибки. Юридическая определенность на подобных рынках, для которых вопросы времени имеют важнейшее значение, требует, чтобы стороны оставались связанными, даже если их действия были непреднамеренными. Было указано, что данный проект статьи в большей мере отвечает интересам защиты потребителей, чем практическим требованиям коммерческих сделок. Кроме того, данный проект статьи, в котором первоочередное внимание уделяется автоматизированным информационным системам, не является нейтральным с технологической точки зрения, что противоречит одному из основополагающих принципов Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[1]. Единственное, что требуется применительно к подобным системам, – это позитивное правило, закрепляющее возможность их использования в контексте заключения договоров, а не материально–правовая норма, регулирующая вопросы ошибок при заключенных в автоматическом режиме сделках.

17. Противоположная точка зрения, которая также получила широкую и решительную поддержку, состояла в том, что в данном проекте статьи содержатся полезные положения, регулирующие особые проблемы, которые возникают в контексте электронной торговли. Необходимость в подобном положении объясняется относительно более высоким риском человеческих ошибок, например опечаток, в случае сделок, заключаемых через автоматизированные информационные системы, чем при использовании более традиционных средств заключения договоров. Например, в то время как ситуация, когда какое-либо лицо непреднамеренно относит документы на почту, представляется маловероятной, на практике имели место случаи, когда люди заявляли, что они не намеревались подтвердить договор путем нажатия на клавишу "Ввод" на клавиатуре компьютера или щелчка кнопкой "мыши" по иконе "Я согласен" на компьютерном экране. Таким образом, в данном проекте статьи вовсе и не предпринималось попытки обеспечить нейтральность с точки зрения носителя информации; он, напротив, направлен на урегулирование особых проблем, затрагивающих определенные формы электронных сообщений. В то же время данный проект статьи не устанавливает при этом преимущественного режима по отношению к действующим нормам права, регулирующим вопросы ошибок, а лишь предлагает полезное дополнение к таким нормам путем привлечения внимания к важности обеспечения наличия средств для исправления ошибок.

18. Было указано, что договорное право ряда правовых систем подтверждает необходимость в этом проекте статьи. Так, например, подобная необходимость возникает в связи с правилами, которые требуют, чтобы сторона, стремящаяся избежать последствий ошибки, доказала, что противной стороне было известно или должно было быть известно о совершенной ошибке. В то время как в случаях, когда на другом "конце" сделки действует физическое лицо, имеются средства для представления подобных доказательств, продемонстрировать осведомленность об ошибке в тех случаях, когда процессы на другом "конце" сделки совершаются автоматически, практически невозможно.

19. В то же время в большинстве выступлений в поддержку принципов, лежащих в основе данного проекта статьи, также подчеркивалась необходимость в изменении его формулировки с тем, чтобы более узко определить его сферу применения и его оперативные положения. Было высказано мнение о том, что действие данного проекта статьи следует ограничить ошибками, совершенными в рамках взаимодействия между физическими лицами и автоматизированными информационными системами, которые не предоставляют им возможности пересмотреть или исправить ошибки. Вместо установления общего требования о том, что должны предоставляться возможности для исправления ошибок, в

[1] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4.

данном проекте статьи следует ограничиться изложением последствий в случае отсутствия подобной возможности. Далее было высказано мнение о том, что подобные последствия должны предусматривать только аннулирование результатов ошибки, содержащейся в сообщении данных, и не должны автоматически затрагивать действительность договора.

20. Было предложено предусмотреть в данном проекте статьи, например, что в контексте сделок с участием физических лиц и автоматизированной информационной системы физическое лицо может аннулировать последствия своих непреднамеренных действий, которые были вызваны ошибкой, совершенной им при операциях с автоматизированной информационной системой другого лица, если эта система не предоставляла возможности для исправления такой ошибки. Кроме того, на подобное положение может быть распространено действие условий, излагаемых в подпунктах (b)–(d) варианта A этого проекта статьи, и оно может быть дополнено положением о том, что если условия, установленные в проекте статьи, не соблюдены, то последствия ошибки будут определяться другими нормами права, включая право, регулирующее вопросы ошибок, или любое соглашение между сторонами.

21. Рабочая группа приветствовала предложения пересмотреть данный проект статьи, с тем чтобы сузить сферу его действия и ограничить предусматриваемые им последствия. Тем не менее некоторые выступавшие настойчиво повторили точку зрения о том, что в качестве альтернативы предпочтительно было бы просто исключить данный проект статьи, а не пытаться его переформулировать.

22. Были заданы вопросы относительно предложенной концентрации внимания на действиях, совершаемых физическими лицами, и на праве физических лиц исправить любые ошибки, совершенные при обмене сообщениями с автоматизированными информационными системами. Было высказано сомнение относительно обоснованности ограничения действия подобного положения об ошибках только ошибками, совершенными физическими лицами, поскольку ошибки могут также происходить и при передаче сообщений по инициативе автоматизированных информационных систем. Кроме того, было указано, что введение концепции "физического лица" также вызовет трудности, поскольку любой договор, заключенный посредством автоматизированных информационных систем, будет в конечном итоге отнесен на счет юридического лица, которое представляет такое физическое лицо. В любом новом варианте данного проекта статьи необходимо четко указать, что право исправлять ошибку является правом не физического лица, а стороны или юридического лица, от имени которых действует такое физическое лицо. И, наконец, если данный проект статьи будет сохранен, Рабочей группе следует рассмотреть вопрос о том, чтобы урегулировать в этом положении электронные почтовые сообщения, отправленные по ошибке, поскольку никаких причин для ограничения его действия только обменом сообщениями с автоматизированными системами не имеется.

23. Критические замечания были также высказаны на том основании, что в предложенном новом варианте будут сохранены те части данного проекта статьи, которые вступают в коллизию с действующими в ряде правовых систем нормами об ошибках. Здесь речь идет, в частности, о подпунктах (c) и (d) варианта A, поскольку в некоторых правовых системах право лица расторгнуть договор, который становится порочным в результате ошибки, не ставится в зависимость от тех условий, которые устанавливаются в этих положениях. Кроме того, если данный проект статьи будет сохранен, в нем следует четко указать, что он касается только непреднамеренных действий, но не других видов ошибок, которые могут произойти, например случаев, когда в момент отправки сообщения отправляющая сторона находилась в бессознательном состоянии.

24. Кроме того, было указано, что концепция аннулирования последствий какого-либо действия может по-разному пониматься в различных правовых системах. В некоторых правовых системах, например, эта концепция будет неизбежно толковаться как относящаяся к действительности совершенного действия, что приведет к дискуссиям по вопросу о том, является ли это действие ничтожным само по себе или же оно может быть аннулировано по просьбе одной из сторон. Одно из альтернативных решений могло бы заключаться в том, чтобы сконцентрировать внимание на способности стороны положиться на ошибочно переданное или составленное сообщение данных или же предусмотреть, что на сообщение, явившееся результатом ошибки, нельзя ссылаться в отношении лица, совершившего эту ошибку, если у этого лица не имелось возможности пересмотреть сообщение и исправить ошибку. В ответ было указано, что предложенное изменение в подходе следует тщательно рассмотреть в свете, например, подпунктов (c) и (d) варианта A, в которых указывается, что в ряде случаев, исходя из доверия к ошибочному сообщению, могут быть предоставлены товары или услуги. Сторона, получившая сообщение, должна иметь возможность полагаться на него, несмотря на ошибку, до момента, пока она не получит уведомление об ошибке.

25. Другое альтернативное предложение состояло в том, чтобы по-новому изложить данный проект статьи в качестве презумпции, согласно которой, если не получены доказательства противного, заявление о том, что какое-либо лицо действовало ошибочно в своих операциях с автоматизированной системой, будет считаться верным, если автоматизированная информационная система не обеспечивает какого-либо метода для исправления ошибки. В результате такой презумпции вопросы о последствиях предполагаемой ошибки для договора и о средствах защиты, которые имеются в распоряжении сторон в этой связи, будут оставлены на урегулирование на основании внутреннего права. Исходя из этого же стремления избежать какого-либо вмешательства в действие внутренних норм, касающихся ошибок, было также предложено более подробно проработать в данном проекте статьи различие между последствиями ошибки и правом на исправление или отзыв ошибочного сообщения. Если правило будет сформулировано таким образом, что последствия ошибки будут затрагиваться, аннулироваться или лишаться силы, то это будет представлять собой вмешательство в сферу действия внутренних правовых норм, регулирующих вопросы ошибок. Вместо этого в проекте статьи следует предусмотреть право – безусловное или оговоренное определенными условиями – физического лица или стороны, от имени которой действует это физическое лицо, отозвать в порядке исключения ошибочное заявление.

26. Рабочая группа подробно обсудила различные высказанные мнения и различные альтернативные подходы, предложенные в связи с данным проектом статьи. В рамках Рабочей группы возобладало мнение о том, что, несмотря на решительные выражения поддержки исключению данного положения, этот проект статьи заслуживает сохранения в пересмотренном виде для дальнейшего обсуждения. К Секретариату была обращена просьба по-новому сформулировать данный проект статьи таким образом, при котором вместо использования концепции расторжения договора или аннулирования последствий сообщения данных центр внимания был бы перенесен на вопрос о том, что лицу, совершившему ошибку, должна быть предоставлена возможность исправить эту ошибку или отозвать свое заявление о намерении, возможно, при соблюдении дополнительных условий, сформулированных на основе подпунктов (b), (c) и (d) варианта A. Далее может быть включено дополнительное положение о том, что действие общих норм права, регулирующих вопросы об ошибках, в иных отношениях не затрагивается.

[Статья X. Заявления об исключении

27. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи X:

"[1. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет связано положениями подпункта 1(b) статьи 1 настоящей Конвенции.

2. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет применять настоящую Конвенцию к вопросам, указанным в его заявлении.

3. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.]"

Пункт 1

28. Было напомнено, что на своей сорок первой сессии Рабочая группа согласилась рассмотреть на более позднем этапе положение, позволяющее договаривающимся государствам исключать применение пункта 1 (b) статьи 1, аналогично тому, как это сделано в статье 95 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже")[2] (A/CN.9/528, пункт 42). Рабочая группа отметила, что она еще не завершила обсуждения возможных исключений из сферы действия предварительного проекта конвенции согласно проекту статьи 2 (A/CN.9/527, пункты 83–98). Далее было отмечено, что пункт 1 в его нынешней формулировке исходит из предпосылки о том, что в конечном итоге будет принят вариант A пункта 1 проекта статьи 1.

29. Было указано, что Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже содержит положение, расширяющее ее сферу применения на те случаи, когда согласно нормам частного международного права применимо право договаривающегося государства (пункт 1 (b) статьи 1), причем государствам разрешается заявлять при сдаче на хранение их ратификационных грамот, документов о принятии, утверждении или присоединении, что они не будут связаны положениями этого подпункта (статья 95); было высказано мнение, что аналогичное положение следует включить и в проект конвенции.

30. На этой основе Рабочая группа постановила сохранить пункт 1 и снять квадратные скобки, в которые он заключен.

Пункт 2

31. В ответ на заданный вопрос было указано, что пункт 2 отличается от пункта 1 в том отношении, что целью пункта 1 является исключение применения всей конвенции в тех случаях, когда в силу норм частного международного права она будет применима в ином порядке, в то время как пункт 2 касается исключений из сферы ее действия конкретных вопросов, например исключения вопросов, касающихся полномочий адвокатов или относящихся к сфере семейного права.

32. Было отмечено, что с учетом проекта статьи 2 обстоятельства, при которых государствам должна быть предоставлена возможность исключать из сферы действия проекта конвенции другие вопросы, должны быть ограничены. В ответ

[2] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567.

было отмечено, что проект статьи X был добавлен в качестве возможного альтернативного варианта на тот случай, если достижение консенсуса относительно исключений из сферы применения предварительного проекта конвенции согласно проекту статьи 2 окажется невозможным. В дополнение к этому было указано, что, в то время как проект статьи 2 касается исключения определенных видов договорных механизмов, могут возникнуть и другие вопросы, которые государства также пожелают исключить из сферы действия конвенции. Было указано, что пункт 2 проекта статьи X предоставляет государствам возможность для проявления гибкости применительно к исключению таких вопросов и что он является, таким образом, независимо от пункта 2 проекта статьи 2, важнейшим положением с точки зрения способности государств ратифицировать и использовать конвенцию.

33. Была выражена поддержка пункту 2 проекта статьи X в его нынешней формулировке. В то же время было предложено пересмотреть этот пункт для учета того факта, что те виды вопросов, которые может потребоваться исключить какому-либо конкретному государству, могут измениться в результате развития технологии для передачи юридически значимых сообщений. В силу этой причины соответствующее заявление может потребоваться сделать и после сдачи на хранение ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении. Для учета этого факта было предложено включить в это положение слова "в любой момент".

34. Рабочая группа согласилась сохранить текст пункта 2 и включить вместо слов "в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении" формулировку "в любой момент". В то же время было признано, что оценить пункт 2 проекта статьи X в отдельности невозможно и что его может потребоваться пересмотреть в свете окончательного решения, принятого по проекту статьи 2.

Пункт 3

35. Был задан вопрос о том, должен ли момент вступления заявления в силу совпадать с датой, на которую конвенция вступает в силу в отношении государства, сделавшего заявление. Было отмечено, что, хотя в связи с некоторыми международными документами имеются прецеденты совпадения момента вступления заявления в силу с моментом вступления в силу этих документов для делающих заявление государств, имеются также и другие прецеденты несовпадения этих моментов.

36. Рабочая группа отметила, что в статье 97 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже предусматривается, в том числе, что "Заявление вступает в силу одновременно с вступлением в силу настоящей Конвенции в отношении соответствующего государства. Однако заявление, о котором депозитарий получает официальное уведомление после такого вступления в силу, вступает в силу в первый день месяца, следующего за истечением шести месяцев после даты его получения депозитарием". Аналогичное положение содержится в пункте 3 статьи 26 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах[3]. Было решено, что подобное положение должно быть включено и в данный проект пункта.

37. С учетом этих поправок Рабочая группа согласилась сохранить текст пункта 3.

[3] Резолюция 50/48 Генеральной Ассамблеи, приложение.

Статья Y. Обмен сообщениями согласно другим международным конвенциям

38. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи Y:

"Вариант A

1. Если иное не указано в заявлении, сделанном в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, Государство – участник настоящей Конвенции [может в любой момент заявить, что оно] обязуется применять положения [статьи 7 и] главы III настоящей Конвенции к обмену [посредством сообщений данных] любыми сообщениями, заявлениями, требованиями, уведомлениями или просьбами [, включая оферты и акцепты оферт], которые могут требоваться от сторон или которые они могут пожелать сделать в связи или в соответствии с любыми из нижеследующих международных соглашений или конвенций, договаривающимся государством которых является или может стать это государство:

Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 14 июня 1974 года)[4] и Протокол к ней (Вена, 11 апреля 1980 года)[5];

Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года)[2];

Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 17 апреля 1991 года)[6];

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью–Йорк, 11 декабря 1995 года)[3];

Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, 12 декабря 2001 года)[7].

[2. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно будет также применять настоящую Конвенцию к обмену посредством сообщений данных любыми сообщениями, заявлениями, требованиями, уведомлениями или просьбами согласно любым другим международным соглашениям или конвенциям по вопросам частного коммерческого права, договаривающимся государством которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства.]

3. Любое государство может заявить в любой момент, что оно не будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] к международным договорам, подпадающим под действие [любой из вышеперечисленных конвенций] [одного или нескольких международных соглашений, договоров или конвенций, договаривающейся стороной которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства].

---

[4] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1511, No. 26119.

[5] Ibid., No. 26121.

[6] *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле, Вена, 2–19 апреля 1991 года* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.XI.3), часть I, документ A/CONF.152/13, приложение.

[7] Резолюция 56/81 Генеральной Ассамблеи, приложение.

4. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

Вариант B

1. Любое государство может в любой момент сделать оговорку о том, что оно будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] только к сообщениям данных в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым согласно законодательству этого государства должна применяться та или иная международная конвенция, прямо указанная в оговорке, сделанной этим государством.

2. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

Вариант C

1. Любое государство может заявить в любой момент, что оно не будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] к сообщениям данных в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым должны применяться одна или несколько международных конвенций, о которых говорится в пункте 1 статьи 1, при условии, что соответствующие конвенции конкретно указаны в заявлении, сделанном этим государством.

2. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием".

Общие замечания

39. Рабочая группа отметила, что цель этого проекта статьи заключается в том, чтобы предложить возможное общее решение применительно к некоторым юридическим препятствиям электронной торговле, существующим в действующих международных документах, которые были объектом исследования, проведенного в ранее подготовленной Секретариатом записке (A/CN.9/WG.IV/WP.94). На сороковой сессии Рабочей группы было достигнуто общее согласие с этим порядком действий в той мере, в которой соответствующие вопросы носят общий характер, что имеет место, по крайней мере, применительно к большинству вопросов, возникающих в связи с документами, перечисленными в варианте A (A/CN.9/527, пункты 33–48).

40. Рабочая группа отметила, что цель варианта A состоит в том, чтобы снять сомнения относительно взаимосвязи правил, включенных в проект конвенции, и правил, содержащихся в других международных конвенциях. Он не направлен на то, чтобы изменить или иным образом затронуть применение любых других международных конвенций. На практике результатом этого проекта статьи станет принятие на себя договаривающимся государством обязательства использовать положения проекта конвенции для устранения возможных юридических препятствий развитию электронной торговли, которые могут возникать в силу таких конвенций, и содействовать их применению в случаях, когда стороны осуществляют свои операции с помощью электронных средств.

41. Рабочая группа отметила, что вариант B был включен с учетом предложения, представленного на сорок второй сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Этот вариант логически связан с вариантом A проекта статьи 1. Его практическим результатом будет ограничение применимости проекта конвенции только сообщениями, обмен которыми

осуществляется в соответствии с конвенциями, конкретно указанными договаривающимися государствами. Вариант C, который первоначально был представлен совместно с вариантом B, был включен на тот случай, что Рабочая группа остановит свой выбор на варианте B проекта статьи 1, с тем чтобы предоставить договаривающимся государствам возможность исключить применение проекта конвенции к некоторым конкретным конвенциям. Было отмечено, что если будут приняты варианты B или C, то название проекта статьи потребуется изменить на "Оговорки".

Взаимосвязь между проектами статей Y и 1

42. Рабочая группа провела подробное обсуждение взаимосвязи между проектом статьи Y и определением сферы применения проекта конвенции согласно проекту статьи 1.

43. Было высказано мнение, что взаимосвязь между этими двумя проектами статей является нечеткой и что необходимости в проекте статьи Y не имеется. Было указано, что во многих правовых системах проект конвенции может применяться к использованию сообщений данных в контексте любого договора, охватываемого какой-либо международной конвенцией, включая любую из конвенций, перечисленных в проекте статьи Y, уже в силу проекта статьи 1, без какой-либо необходимости в специальном указании конвенции, регулирующей такой договор, в проекте статьи Y. В то же время проект статьи Y, в котором содержится перечень конвенций, исходит, как представляется, из предположения о том, что проект конвенции не будет применяться к сообщениям данных, обмен которыми происходит в связи с договорами, охватываемыми какой-либо иной конвенцией, помимо перечисленных. Было бы предпочтительно просто предоставить в распоряжение договаривающихся государств возможность прямо исключить те вопросы, которые они не хотели бы регулировать с помощью проекта конвенции.

44. В ответ было отмечено, что в проектах статей 1 и Y в их нынешней редакции проводится различие между тремя группами международных контрактов. К первой группе, которая, по всей вероятности, включает огромное большинство международных контрактов, иных, чем договоры купли–продажи, охватываемые Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле–продаже, относятся международные контракты, не охватываемые какой-либо действующей конвенцией, унифицирующей правовое регулирование. Вторую группу образуют договоры, подпадающие под действие существующих международных конвенций, иных чем те, которые перечислены в проекте статьи Y или прямо указаны договаривающимся государством в заявлении, сделанном согласно проекту пункта 2. К последней группе относятся договоры, регулируемые какой-либо из конвенций, перечисленных в пункте 1 или указанных в заявлении, сделанном согласно пункту 2 проекта статьи Y. Было указано, что первая группа договоров будет подпадать под действие проекта конвенции, если такие договоры удовлетворяют условиям проекта статьи 1. На третью группу договоров также будет распространяться действие положений конвенции в соответствии с пунктами 1 и 2 проекта статьи Y. В то же время сообщения данных, обмен которыми происходит в связи с договорами, относящимися ко второй группе, не будут охватываться проектом конвенции.

45. Далее было указано, что этот результат вытекает из ранее проведенных Рабочей группой обсуждений, в частности из сделанного в связи с осуществленным Секретариатом обзором возможных юридических препятствий, содержащихся в отдельных международных документах (A/CN.9/WG.IV/WP.94), признания того, что возможные проблемы, возникающие применительно к ряду действующих конвенций, могут потребовать специального урегулирования и что попытка решить такие проблемы в контексте проекта конвенции была бы,

возможно, нецелесообразной (A/CN.9/527, пункт 29; см. также пункты 24–71). К числу типичных примеров относятся международные конвенции, касающиеся оборотных инструментов или транспортных документов.

46. Хотя Рабочая группа признала, что в отношении взаимосвязи между проектами статей 1 и Y возможны и иные толкования, в целом было достигнуто согласие с тем, что проекты статей 1 и Y в их нынешней редакции исходят, как представляется, из разграничения между этими тремя видами договоров. Рабочая группа согласилась с важностью избегать возможных коллизий между проектами статей 1 и Y и с тем, что ей следует рассмотреть пути прояснения взаимосвязи между этими двумя положениями, когда она перейдет к обсуждению проекта статьи 1.

Выбор между тремя вариантами

47. Было высказано мнение, что вариант B обладает по отношению к варианту A тем преимуществом, что он предоставляет договаривающимся государствам свободу избрать в надлежащий момент те охватываемые международными документами ситуации, к которым будут применяться положения проекта конвенции. Вариант A, в свою очередь, предусматривает автоматическое применение положений проекта конвенции к сообщениям данных, обмен которыми происходит в связи с договорами, охватываемыми перечисленными в нем конвенциями, с возможностью дальнейших добавлений или исключений с помощью заявлений, сделанных, соответственно, согласно проектам пунктов 2 или 3. Было указано, что вариант A накладывает на договаривающиеся государства бремя обзора их договорных обязательств в свете проекта конвенции для обеспечения того, чтобы положения проекта конвенции не создавали трудностей для применения любых действующих документов.

48. Хотя определенная поддержка была выражена варианту B, широкое распространение получило мнение о предпочтительности варианта A, который следует сохранить в качестве основы для дальнейших обсуждений Рабочей группы. Было указано, что вариант A обеспечивает более высокую степень правовой определенности за счет конкретного перечисления ряда конвенций, применение которых будет облегчено в результате действия положений проекта конвенции. Широкую поддержку также получила точка зрения о том, что вариант B не способствует достижению той степени согласования, на которую нацелена Комиссия, поскольку он оставит за каждым договаривающимся государством возможность в одностороннем порядке избрать те охватываемые международными документами сделки, к которым должны применяться положения проекта конвенции.

Пункт 1 варианта A

49. Рабочей группе было напомнено о том, что один из принципов, лежащих в основе ее работы по устранению содержащихся в действующих международных документах возможных юридических препятствий для электронной торговли, состоит в том, что следует предпринять усилия по выработке решений, снимающих необходимость во внесении поправок в отдельные международные конвенции. Проект пункта 1 статьи Y направлен на то, чтобы способствовать электронным сделкам в областях, охватываемых перечисленными в нем конвенциями, однако он не преследует цели формального внесения поправок в какую-либо из этих конвенций. Для этого в данном проекте пункта предусматривается, что государства, ратифицировав проект конвенции, автоматически примут на себя обязательство применять его положения к сообщениям данных, обмен которыми происходит в связи с любыми конвенциями, перечисленными в пункте 1. Такое решение, как было указано,

направлено на обеспечение внутриправового решения проблемы, возникающей в связи с международными документами, на основе признания того, что внутренние суды уже обладают полномочиями толковать международные документы в области коммерческого права. Данный проект пункта обеспечивает, что договаривающееся государство включит в свою правовую систему норму, предписывающую его судебным органам использовать положения проекта конвенции для разрешения юридических вопросов, касающихся использования сообщений данных в контексте указанных других международных конвенций.

50. Подход, предусматриваемый в данном проекте пункта, получил поддержку. Было указано, что активные консультации с отвечающими за вопросы международных договоров властями в ряде стран позволяют сделать вывод о том, что подход, предложенный в данном проекте пункта, не создает каких-либо юридических препятствий согласно традиционному праву и практике в области международных договоров или согласно Венской конвенции о праве международных договоров[8]. Хотя этот вопрос и требует, возможно, дальнейшего изучения и консультаций, предложенное решение следует приветствовать с учетом получившей широкое одобрение цели избегать внесения поправок в другие конвенции или предписания обязательного толкования их условий.

51. Тем не менее были подняты вопросы относительно практической возможности реализации подхода, предложенного в данном проекте пункта, и его последствий. Было указано, что если проект конвенции преследует цель разъяснить значение терминов, используемых в других международных конвенциях, то эта цель должна быть четко изложена в пункте 1 проекта статьи Y. В ответ было, во-первых, отмечено, что предполагаемое действие проекта конвенции в том, что касается договоров, охватываемых другими международными конвенциями, заключается не только в толковании терминов, использованных в других документах, но и в предложении материально–правовых правил, которые позволят эффективно применять эти другие конвенции в электронной среде. Во-вторых, что более важно, было указано, что прямое заявление о том, что проект конвенции предназначен для толкования терминов, использованных в действующих международных конвенциях, может вызвать возражения с точки зрения международного публичного права, поскольку обязательное толкование действующего международного договора может быть принято только его договаривающимися сторонами.

52. Было указано, что в проекте статьи Y говорится о "сообщениях, заявлениях, требованиях, уведомлениях или просьбах", которыми могут обмениваться стороны, в то время как в проекте статьи 1 речь идет об "использовании сообщений данных в связи с заключенными или планируемыми договорами". Рабочая группа приняла к сведению этот момент и согласилась вернуться к нему при рассмотрении проекта статьи 1.

53. Рабочая группа отметила, что целью первой заключенной в квадратные скобки формулировки являются предоставление договаривающимся государствам возможности для проявления гибкости при принятии решения о том, применять ли – с помощью заявления, которое может быть сделано в любой момент – положения проекта конвенции к сообщениям данных, обмен которыми происходит в связи с договорами, охватываемыми любой из конвенций, перечисленных в пункте 1, или всеми такими конвенциями. Такой подход получил поддержку, поскольку, как было указано, его преимущество заключается в том, что он позволяет избежать создания впечатления, будто бы проект конвенции направлен на внесение изменений в действующие конвенции. Так, с помощью слов "может в любой момент заявить" подчеркивается, что решение о применении проекта конвенции к подобным ситуациям является не

[8] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

результатом договорного обязательства, а последствием одностороннего выбора соответствующего договаривающегося государства. Рабочая группа в предварительном порядке выразила намерение сохранить слова "может в любой момент заявить, что оно", сняв квадратные скобки, в которые они заключены. Однако было указано, что в результате этого Рабочая группа поставит распространение действия положений конвенции на другие документы, которое в настоящее время автоматически наступает при ратификации, в зависимость от более позднего заявления договаривающегося государства. Было отмечено, что такой результат был бы нежелательным, поскольку он снизит правовое унифицирующее воздействие данного проекта положения и будет противоречить внутренней логике данного проекта статьи, которая проявляется с учетом вступительных слов проекта пункта 1 и взаимосвязи между этим пунктом и проектом пункта 3. Приняв во внимание эти соображения, Рабочая группа в конечном итоге пришла к решению о том, что слова "может в любой момент заявить, что оно" следует исключить.

54. Было отмечено, что конкретная ссылка на материально–правовые положения проекта конвенции, содержащиеся в главе III, преследует цель избежать создания впечатления о том, будто бы положения о сфере применения проекта конвенции будут затрагивать определение сферы применения других международных конвенций. С учетом вышесказанного Рабочая группа перешла к рассмотрению вопроса о том, следует ли в данный проект пункта также включить ссылку и на другие положения проекта конвенции. Было предложено заменить ссылку на статью 7 и главу III ссылкой на статьи 2–6 и главу III. В этой связи было указано, что положения проекта статьи 7, аналогично проекту статьи 1, не подходят для применения в контексте других международных конвенций, поскольку они могут вступить в коллизию с действующим толкованием положений этих конвенций. В свою очередь, в проектах статей 2–6 содержатся материально–правовые положения, поддерживающие применение главы III. Другое предложение состояло в том, чтобы включить вместо ссылки на проект статьи 7 ссылку на проекты статьи 7 бис, статьи 3 – за исключением подпункта (a) – и статей 4 и 5. В частности, были высказаны возражения против включения ссылки на проект статьи 2, так как было сочтено, что исключения из сферы применения проекта конвенции не должны охватываться в пункте 1 проекта статьи Y, поскольку каждая конвенция содержит свои правила по исключенным вопросам, а никаких наложений между возможно различающимися сводами исключений быть не должно.

55. Рассмотрев различные точки зрения относительно того, какие перекрестные ссылки следует или не следует включать в данный проект пункта, Рабочая группа укрепилась во мнении о трудности составления всеобъемлющего перечня положений. В этой связи было высказано предположение о возможном отсутствии необходимости в таком перечне, а также о том, что с ним может быть даже связан ряд недостатков. Было указано на предпочтительность такого подхода, в соответствии с которым решение об указании тех положений, которые могут иметь отношение к обмену сообщениями данных в связи с любой из перечисленных в данном проекте пункта конвенций, будет оставлено на усмотрение органа, применяющего проект конвенции. Если какое-либо положение проекта конвенции не будет подходить для регулирования определенных сделок, то это обстоятельство должно быть очевидным для любого разумного лица, применяющего проект конвенции.

56. Было высказано мнение о неуместности перечисления в пункте 1 проекта статьи Y любых международных соглашений или конвенций, которые еще не вступили в силу. Две перечисленные в варианте A проекта статьи Y конвенции еще не вступили в силу, а именно Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной

торговле[6] и Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле[7].

57. Был задан вопрос о том, являются ли уместными, с учетом международного публичного права или практики международных договоров, ссылки на документы, еще не вступившие в силу. В ответ было указано, что имеется ряд прецедентов ссылок в конвенциях на международные документы, еще не вступившие в силу в момент подготовки соответствующих конвенций. Один из связанных с работой ЮНСИТРАЛ примеров касается подготовки в момент завершения работы над Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле–продаже в 1980 году протокола для приспособления к ее режиму Конвенции об исковой давности в международной купле–продаже товаров 1974 года[4], которая на тот момент еще не вступила в силу.

58. Кроме того, было указано на важность составления учитывающих перспективы правил, которые выдержат проверку временем. Устанавливаемое в данном проекте пункта правило должно быть достаточно гибким для учета будущего вступления в силу той или другой конвенции без необходимости внесения поправок на более позднем этапе. Тем не менее было достигнуто согласие о том, что рассмотрению Рабочей группой этого вопроса может способствовать дополнительная информация о практике международных договоров в этой связи, которая будет ей предоставлена в надлежащем рабочем порядке.

59. Вернувшись к формулировке данного проекта пункта, Рабочая группа постановила сохранить слова "посредством сообщений данных", а также слова "включая оферты и акцепты оферт" и снять квадратные скобки, в которые они заключены. С учетом этих поправок и ранее проведенных ею обсуждений Рабочая группа в целом одобрила данный проект пункта.

Пункт 2 варианта A

60. Было высказано мнение, что ссылка на "любые другие международные соглашения или конвенции по вопросам частного коммерческого права" неоправданно ограничивает сферу применения пункта 2. Была высказана точка зрения о том, что проект конвенции может оказаться полезным инструментом для многих государств в связи и с другими вопросами, помимо тех, которые непосредственно относятся к области частного коммерческого права. На этом основании было предложено исключить слова "по вопросам частного коммерческого права". Это предложение получило определенную поддержку.

61. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что исключение слов "по вопросам частного коммерческого права" может привести к тому, что государства будут применять проект конвенции к ситуациям, которые охватываются другими международными документами и к которым применение положений проекта конвенции было бы неуместным, так как это может вступить в коллизию с обязательствами соответствующих государств по таким другим документам. В то же время было отмечено, что возможность принятия каким-либо государством законодательных мер, не отвечающих его международным обязательствам, существует независимо от пункта 2. В ответ было подчеркнуто, что пункт 2 не накладывает на государства каких-либо обязательств, а лишь предоставляет им возможность сделать заявление о том, что проект конвенции применим к другим международным документам. Было указано, что пункт 2 исходит из предположения о том, что государство выберет такой вариант действий лишь после проведения тщательного анализа для определения того, будет ли применение проекта конвенции целесообразным с точки зрения соответствующего международного документа.

62. Тем не менее, с тем чтобы допустить распространение режима проекта конвенции на более широкий круг документов, было предложено включить в пункт 2 ссылку на документы, имеющие отношение к мандату ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа согласилась с этим предложением и просила Секретариат пересмотреть пункт 2, включив в него формулировку, увязывающую соответствующие документы с теми документами, которые приняты по вопросам, имеющим отношение к мандату ЮНСИТРАЛ.

63. Было предложено включить вместо слов "в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении" слова "в любой момент". Было указано, что это предложение соответствует решению, уже принятому в отношении пункта 2 проекта статьи X (см. пункт 33 выше). Рабочая группа согласилась с этим предложением и просила Секретариат внести соответствующие изменения в пункт 2.

Пункт 3 варианта A

64. Было предложено исключить формулировку "или какие-либо ее конкретные положения" по той причине, что порядок, при котором государство, принимающее проект конвенции, сможет по своему выбору применять только некоторые его положения, допускаться не должен. Было указано, что такой подход приведет к созданию неопределенности в вопросе о том, какие положения проекта конвенции применяются в той или иной правовой системе. В то же время определенная поддержка была выражена сохранению этой формулировки, поскольку она позволяет государствам, которые не могут принять конвенцию в целом, применять, по крайней мере, часть положений проекта конвенции. Эта точка зрения поддержки не получила. Рабочая группа согласилась исключить слова "или какие-либо ее конкретные положения".

65. Было высказано мнение о том, что из двух содержащихся в пункте 3 формулировок, заключенных в квадратные скобки, предпочтение следует отдать первой из них – "любой из вышеперечисленных конвенций," – но что с учетом того, что в пункте 2 государствам предоставляется выбор, который, предположительно, впоследствии может быть пересмотрен, тогда как в пункте 1 устанавливается обязательство, соответствующую ссылку необходимо изменить на "любую из конвенций, перечисленных в пункте 1 выше".

66. В то же время определенная поддержка была выражена второй заключенной в квадратные скобки формулировке – "одного или нескольких международных соглашений, договоров или конвенций, договаривающейся стороной которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства". Было высказано предположение о том, что этот текст предоставляет в распоряжение государств более значительные возможности для проявления гибкости при снятии любых обеспокоенностей, которые они могут испытывать относительно взаимосвязи между проектом конвенции и другими международными документами, сторонами которых они могут являться. Было указано, что вторая альтернативная формулировка наделяет государство возможностями для проявления гибкости с целью обеспечения того, чтобы вопрос, который оно не хотело бы охватить, действительно не подпадал под действие проекта конвенции, а также было отмечено, что такие возможности для проявления гибкости облегчат принятие проекта конвенции. В ответ было указано, что эта обеспокоенность может быть снята, если будет предусмотрено, что конвенция применяется только к договорам, охватываемым конвенциями, перечисленными в пункте 1, или не охватываемым каким-либо международным документом. В этой связи после слов "любой из вышеперечисленных конвенций" могут быть добавлены слова "включая любые конвенции, перечисленные в пункте 1".

67. Был задан вопрос о сфере действия проекта статьи Y применительно к договорам, которые станут предметом регулирования каких-либо международных документов в будущем. Например, в случае договора, касающегося лицензирования программного обеспечения, если такой договор не будет исключен по проекту статьи 2 проекта конвенции, он будет попадать в сферу действия проекта конвенции. В то же время если впоследствии будет заключена конвенция по этим вопросам, то такой договор будет исключен из сферы действия проекта конвенции на том основании, что такая принятая позже конвенция не перечислена в пункте 1 и не является предметом заявления согласно пункту 2. В ответ было указано, что в подобном случае, если государство пожелает применить проект конвенции, то оно обеспечит включение в позже принятую конвенцию соответствующей ссылки или представит заявление в отношении этой конвенции на основании пункта 2 проекта статьи Y. В любом случае этот вызвавший обеспокоенность момент не имеет логической связи с проектом данного пункта и должен обсуждаться в связи с проектом статьи 1 (см. также пункт 76 ниже).

68. С учетом различных мнений относительно надлежащего толкования данного проекта статьи было внесено предложение объединить две заключенные в квадратные скобки формулировки, которые в настоящее время содержатся в пункте 3, с тем, чтобы любое государство могло заявить в любой момент, что оно не будет применять проект конвенции к международным контрактам, подпадающим под действие одного или нескольких международных соглашений, договоров или конвенций – включая те из них, которые перечислены в пункте 1, – стороной которых является или может стать это государство и которые указаны в заявлении этого государства.

69. Было высказано мнение, что ссылка на "международные контракты" не отвечает использованному в пунктах 1 и 2 редакционному подходу, в центре внимания которого стоит обмен посредством сообщений данных любыми сообщениями согласно каким-либо международным соглашениям. Было принято решение о том, что Секретариату следует пересмотреть формулировки, использованные в пункте 3, для приведения их в соответствие с другими пунктами проекта статьи Y.

Пункт 4 варианта A

70. Было решено пересмотреть формулировки пункта 4 таким образом, чтобы привести его текст в соответствие с изменениями, которые были согласованы применительно к пункту 3 проекта статьи X (см. пункты 35–37 выше). На этом основании было принято решение о том, что в пункт 4 должна быть включена формулировка, аналогичная первому предложению пункта 3 статьи 97 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. С учетом этих изменений Рабочая группа согласилась сохранить текст пункта 4.

Статья 1. Сфера применения

71. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи 1:

> "1. Настоящая Конвенция применяется к использованию сообщений данных в связи с заключенными или планируемыми договорами между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах:
>
> Вариант A
>
> a) когда эти государства являются Договаривающимися государствами;

b) когда согласно нормам частного международного права применимо право Договаривающегося государства; или

c) когда стороны договорились о ее применении.

Вариант B

... когда эти государства являются участниками настоящей Конвенции и сообщения данных используются в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым согласно законодательству этих Государств–участников применяется одна из следующих международных конвенций:

Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 14 июня 1974 года)[4] и Протокол к ней (Вена, 11 апреля 1980 года)[5];

Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года)[2];

Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 17 апреля 1991 года)[6];

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью–Йорк, 11 декабря 1995 года)[3];

Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, 12 декабря 2001 года)[7].

2. То обстоятельство, что коммерческие предприятия сторон находятся в разных государствах, не принимается во внимание, если это не вытекает ни из договора, ни из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами.

3. Ни национальная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости настоящей Конвенции".

Общие замечания: взаимосвязь между проектами статей 1 и Y

72. В начале обсуждения проекта статьи 1 Рабочая группа постановила, что с учетом принятого ею ранее решения сохранить только вариант A проекта статьи Y (см. пункт 47 выше), необходимость в варианте B проекта статьи 1 отпала. В силу этого Рабочая группа согласилась использовать в качестве основы для своих обсуждений проекта статьи 1 только вариант A.

73. В то же время Рабочей группе было напомнено о том, что в ходе ранее проведенного обсуждения проекта статьи Y она не завершила рассмотрения вопросов, касающихся взаимосвязи между этим положением и положениями о сфере применения проекта конвенции, и согласилась возобновить это обсуждение, когда она перейдет к рассмотрению проекта статьи 1 (см. пункт 45 выше).

74. В рамках Рабочей группы было выражено общее согласие с тем, что в случае, если условия пункта 1 проекта статьи 1 соблюдены, проект конвенции будет автоматически применяться к сообщениям данных, обмен которыми происходит в связи с международными контрактами, не регулируемыми какими-либо действующими международными конвенциями. Мнения разошлись только

по вопросу о тех сообщениях, которые связаны с договорами, регулируемыми действующими международными конвенциями.

75. В Рабочей группе возобладало мнение о том, что в подобных случаях в результате совместного воздействия варианта A проекта статьи 1 и пунктов 1, 2 и 3 проекта статьи Y договаривающееся государство, ратифицировав проект конвенции, четко укажет, что положения проекта конвенции применяются к сообщениям, обмен которыми происходит в связи с договорами, подпадающими под действие любых международных конвенций, которые упомянуты в пункте 1 проекта статьи Y или которые указаны в заявлении, сделанном в соответствии с пунктом 2 проекта статьи Y, и не являющимися предметом специального исключения согласно пункту 3 проекта статьи Y. Было указано, что любое другое прочтение статей 1 и Y может возложить на договаривающиеся государства необоснованное бремя необходимости проведения обзора всего свода международного договорного права для определения того, будет ли проект конвенции сопоставим с действующими международными обязательствами.

76. Эта точка зрения не получила, однако, единогласной поддержки, и были приведены веские доводы о том, что положения проекта конвенции могут также применяться на широкой основе, даже в отношении сообщений данных, связанных с договорами, которые охватываются каким-либо международным документом, не перечисленным в пункте 1 проекта статьи Y или в заявлении, сделанном согласно пункту 2 проекта статьи Y. Согласно такому подходу положения проекта конвенции будут применяться также и к этим сообщениям данных, если только – и до того момента, пока – соответствующие договаривающиеся государства не сделают заявление, прямо исключающее применение положений проекта конвенции согласно пункту 3 проекта статьи Y. В поддержку этого мнения было указано, что перечень документов в пункте 1 проекта статьи Y или любое заявление, сделанное согласно пункту 2 проекта статьи Y, следует рассматривать в качестве не носящих исчерпывающего характера разъяснений, направленных на снятие сомнений относительно применения проекта конвенции, но не в качестве фактических ограничений ее сферы охвата.

77. В этой связи было высказано мнение о возможности возникновения промежуточной ситуации, которая не может быть должным образом урегулирована с помощью толкования, придаваемого проектам статей 1 и Y согласно господствующей в рамках Рабочей группы точке зрения. Было указано, что трудности могут возникнуть в связи с обменом сообщениями данных согласно договорам, которые в настоящее время не охватываются какой-либо конвенцией и которые могут в будущем стать предметом внимания международных документов, направленных на унификацию правового регулирования. В настоящее время такие сообщения данных будут подпадать под действие проекта конвенции, если они удовлетворяют требованиям пункта 1 проекта статьи 1. Узкое толкование проекта статьи Y, за которое выступает большинство членов Рабочей группы, приведет, однако, к нежелательному результату, заключающемуся в том, что после того, как подобные договоры станут предметом нового международного документа, связанные с ними сообщения данных будут выведены за пределы сферы применения проекта конвенции. В ответ было указано, что проект конвенции не предусматривает решения для подобной ситуации, однако ничто в проекте конвенции не препятствует государствам, которые в будущем заключат новую конвенцию, направленную на регулирование особых видов договоров, включить в нее ссылку на проект конвенции или, если они сами будут являться договаривающимися государствами проекта конвенции, сделать впоследствии заявление о включении в сферу действия проекта конвенции соответствующих договоров согласно пункту 2 проекта статьи Y.

78. Рабочая группа перешла к рассмотрению возможных дополнительных положений, направленных на прояснение взаимосвязи между проектами статей 1 и Y. Было достигнуто согласие о том, что Рабочая группа может рассмотреть вопрос о включении в проект статьи 1 или непосредственно после нее дополнительного пункта, согласно которому проект конвенции не будет применяться к обмену сообщениями данных, подпадающими под действие проекта статьи 1, в тех случаях, когда договор, с которым связаны эти сообщения данных, регулируется международной конвенцией, договором или соглашением, не упомянутым в пункте 1 проекта статьи Y и не являющимся предметом заявления, сделанного договаривающимся государством согласно пункту 2 проекта статьи Y.

79. Далее было предложено включить в это новое положение – в качестве альтернативного варианта в квадратных скобках – еще одно положение о том, что проект конвенции будет применяться к обмену сообщениями данных, подпадающими под действие проекта статьи 1, даже если заключенный или планируемый договор, с которым связано это сообщение данных, регулируется международной конвенцией, договором или соглашением, которое не было прямо указано в пункте 1 проекта статьи Y или которое не является предметом заявления, сделанного договаривающимся государством согласно пункту 2 проекта статьи Y, в той мере, в которой такое применение не было исключено в силу заявления, сделанного согласно пункту 3 проекта статьи Y. Далее было высказано предположение о том, что такой второй вариант может быть объединен с положением, позволяющим договаривающемуся государству в целом исключать возможность расширения применения положений проекта конвенции на вопросы, охватываемые международными конвенциями, иными, чем те, которые перечислены в пункте 1 проекта статьи Y. Было отмечено, однако, что любой из вариантов может потребовать соответствующей корректировки проекта статьи Y и что не все положения проекта статьи Y могут быть сопоставимы с тем или иным вариантом. Кроме того, действие любых положений, предусматривающих широкое применение конвенции в связи с вопросами, охватываемыми другими международными конвенциями, возможно, потребуется ограничить международными документами по вопросам коммерческого права или касающимися торговли конвенциями, которые имеют отношение к мандату ЮНСИТРАЛ.

80. Хотя Рабочая группа приняла к сведению вновь заявленные возражения против возможности широкого применения проекта конвенции, было признано, что Рабочая группа не может на данном этапе окончательно решить этот вопрос и что в пересмотренном варианте проекта конвенции для будущего обсуждения Рабочей группой должны предусматриваться обе возможности.

81. Было высказано мнение о том, что, независимо от окончательного решения, которое может быть принято в связи с этими двумя вариантами, взаимосвязь между проектами статей 1 и Y может быть прояснена, если пункт 1 проекта статьи Y будет включен в проект статьи 1 или, по крайней мере, приведен в тексте поближе к проекту статьи 1. В ответ было отмечено, что пункт 1 проекта статьи Y не может быть оторван от пунктов 2 и 3 этой статьи. Причем, поскольку эти положения касаются заявлений договаривающихся государств, в соответствии с установившейся практикой международных договоров наилучшим местом для них является заключительная часть проекта конвенции. Кроме того, было отмечено, что в проекте статьи 1 предусматривается автономная сфера применения проекта конвенции. В силу проекта статьи Y положения проекта конвенции могут также применяться к сообщениям данных, связанных с договорами, регулируемыми другими конвенциями. Однако сам по себе проект конвенции к таким другим конвенциям не применяется.

Дополнительное положение о цели

82. Рабочая группа в целом согласилась с полезностью включения в проект конвенции – либо в качестве положения преамбулы, либо в качестве статьи оперативной части – положения, в котором излагалась бы общая цель проекта конвенции. Одно из предложений состояло в том, чтобы указать, что проект конвенции преследует цель утверждения свободы выбора и взаимозаменяемости информационных носителей и технологий в контексте международной торговли, в частности в контексте международных контрактов, в той мере, в которой использованные средства отвечают целям соответствующих норм права. Было отмечено, что на более позднем этапе Рабочей группой могут быть рассмотрены другие возможные элементы.

Определение материально–правовой сферы применения в пункте 1

83. Было высказано мнение, что формулировка "в связи с заключенными или планируемыми договорами" является слишком широкой и что она позволяет предположить, будто бы положения проекта конвенции будут применяться к обмену сообщениями или уведомлениями между сторонами договора и третьими сторонами во всех случаях, когда эти сообщения имеют "связь" с договором. Было указано, что применительно к некоторым договорам может, например, требоваться направление уведомления каким-либо публичным органам и что нынешняя формулировка данного проекта, как представляется, позволяет использовать для таких уведомлений электронные средства. В силу этого было предложено пересмотреть нынешний текст проекта пункта с тем, чтобы четко указать, что проект конвенции применяется только к обмену сообщениями между сторонами заключенного или планируемого договора. Рабочая группа поддержала это предложение и согласилась с необходимостью включения в новый вариант данного проекта пункта надлежащей формулировки.

84. Было высказано мнение, что ссылка на "стороны" планируемого договора в данном проекте пункта является некорректной, поскольку понятие сторон договора предполагает, что такой договор уже существует. В данном случае было бы, возможно, лучше сослаться на "участников переговоров по планируемому договору". В ответ было указано, что проект конвенции предполагается применять к сообщениям, осуществляемым в тот момент, когда договора еще не имеется и даже, возможно, еще не начаты переговоры по нему. Так, например, дело обстоит в случае проекта статьи 11, который касается предложений представлять оферты. В то же время Рабочая группа признала, что редакция данного проекта пункта может быть улучшена.

85. Было высказано мнение, что формулировка "заключенные или планируемые договоры" может быть истолкована как относящаяся к договорам, существующим на момент вступления проекта конвенции в силу. Рабочая группа согласилась обратиться к Секретариату с просьбой предложить альтернативную формулировку с тем, чтобы избежать создания подобного впечатления. Далее Рабочая группа согласилась с возможной необходимостью включить в проект конвенции специальное положение, содержащее переходные правила для урегулирования вопросов о том моменте, когда положения конвенции вступят в силу, и о том, каким образом они будут затрагивать договоры, которые уже заключены или находятся в стадии заключения в такой момент.

86. Рассмотрев эти замечания, Рабочая группа отметила, что вся формулировка пункта 1 требует, возможно, дальнейших уточнений, особенно с учетом необходимости согласования с редакцией проекта статьи Y. К Секретариату была обращена просьба учитывать этот момент при подготовке пересмотренного варианта данного проекта пункта.

Пункт 1 (a)

87. Было высказано мнение о том, что необходимость в подпункте (a) пункта 1 отсутствует и что его следует исключить. Было указано, что данное положение создает двойное требование в отношении применения проекта конвенции, которое будет автоматически исключаться во всех случаях, когда одно из затрагиваемых государств не является договаривающимся государством проекта конвенции. Далее было указано, что в той мере, в которой ряд положений проекта конвенции направлен на поддержку или облегчение применения других норм права в электронной среде (например, проекты статей 8 и 9), требования, вытекающие из подпункта (a), приведут к неприемлемому результату, при котором национальному суду могут быть предоставлены полномочия различным образом толковать положения своего собственного закона (например, в отношении требований к форме) в зависимости от того, расположены ли стороны договора в договаривающихся государствах проекта конвенции. Применение проекта конвенции будет упрощено и его практический охват будет в значительной степени расширен, если он будет просто применяться к международным контрактам, т.е. к договорам между сторонами, находящимися в двух различных государствах, без кумулятивного требования о том, чтобы оба этих государства являлись также договаривающимися государствами проекта конвенции. Это предложение получило решительную поддержку, хотя мнения по вопросу о возможности исключения также и подпунктов (b) и (c) или же того или иного из этих положений разошлись.

88. Противоположная точка зрения, которая также получила решительную поддержку, исходила в первую очередь из того, что нынешняя формулировка основывается на пункте 1(a) статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и что ее следует сохранить. Преимущество нынешней формулировки заключается в том, что она позволяет сторонам легко определить, будет ли применяться проект конвенции к договору, без необходимости в первую очередь устанавливать применимое к договору право. Возможно, более узкая с географической точки зрения сфера применения, обусловленная этим вариантом, компенсируется преимуществом укрепления правовой определенности, которое он обеспечивает.

89. В этот момент обсуждения Рабочей группе было напомнено о том, что первая редакция проекта конвенции содержала вариант, согласно которому этот документ применялся бы к сообщениям, обмен которыми происходит между сторонами, расположенными в двух различных государствах, без требования о том, чтобы оба государства ратифицировали проект конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I). Рабочая группа при первом чтении проекта конвенции не поддержала этот вариант, поскольку он не соответствовал пункту 1(a) статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже (A/CN.9/509, пункт 37). В то же время было указано, что тезис о необходимости параллельности положений двух документов более не является актуальным. Было разъяснено, что этот вывод логически вытекает из достигнутого Рабочей группой в ходе рассмотрения проекта статьи Y (см. пункт 53 выше) понимания о том, что соответствующие сферы применения проекта конвенции и других международных документов независимы друг от друга.

90. Рабочая группа провела обширное обсуждение предложенного изменения определения географической сферы применения проекта конвенции. В конечном итоге Рабочая группа согласилась сохранить пункт 1(a) проекта статьи 1. В то же время Рабочая группа также согласилась с тем, что для целей будущего рассмотрения в пересмотренный вариант проекта конвенции в надлежащем месте должно быть включено положение, позволяющее государству сделать заявление о том, что оно будет применять положения конвенции к обмену

сообщениями данных в связи с международными контрактами во всех случаях, когда коммерческие предприятия сторон находятся в различных государствах, даже если участником проекта конвенции является только одно из этих государств.

Пункт 1(b)

91. Было предложено исключить подпункт (b) пункта 1, поскольку содержащееся в нем правило не способствует правовой определенности. Было указано, что подпункт (b) может привести к применению конвенции в силу действия норм частного международного права, даже если государство суда не приняло проект конвенции. Было высказано мнение о том, что если стороны принимают решение распространить на обмен своими сообщениями действие положений проекта конвенции, то подобная возможность имеется у них согласно подпункту (c). В то же время, режим проекта конвенции не должен распространяться на стороны, не ожидающие такого результата, лишь в силу того факта, что конвенция применяется каким-либо третьим государством.

92. В ответ было отмечено, что в подпункте (b) воспроизводится правило, которое содержится в положениях о сфере применения в других документах ЮНСИТРАЛ. Было указано, что такое правило является полезным, поскольку оно позволяет расширить географическую сферу применения проекта конвенции, так как не требует, чтобы оба государства, в которых находятся стороны договора, являлись договаривающимися государствами конвенции. Хотя на одной из предыдущих сессий высказывались возражения против этой нормы (A/CN.9/509, пункт 38), Рабочая группа до настоящего момента исходила из решения сохранить этот подпункт (A/CN.9/528, пункт 42). Те государства, которые, возможно, испытывают трудности в связи с применением подпункта (b), могут исключить его применение путем заявления согласно пункту 1 проекта статьи X. Если такое заявление будет сделано, то это приведет к тому, что конвенция не будет применяться, если нормы частного международного права договаривающегося государства укажут на применение закона государства, сделавшего такое заявление об исключении.

93. После того, как Рабочая группа приняла к сведению различные высказанные мнения и тот факт, что предложение об исключении этого подпункта не получило достаточной поддержки, она решила сохранить данное положение для будущего рассмотрения.

Пункт 1(c)

94. Было указано, что предусматриваемая в подпункте (c) пункта 1 возможность также предусматривается, например, в пункте 2 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах[3].

95. Был задан вопрос о том, предусматривает ли подпункт (c), что соответствующее соглашение должно подчинять договор закону конкретного государства или же предписывать включение условий проекта конвенции в соответствующий договор. Хотя, как было указано, первая ситуация вполне приемлема для большинства правовых систем, второй вариант не всегда является возможным. Международная конвенция по вопросам частного права создает юридические последствия для частных сторон в той мере, в которой положениям соответствующей конвенции придана сила во внутреннем праве. Таким образом, исковая сила оговорок о выборе права, содержащих ссылки на какую-либо международную конвенцию, обычно признается в порядке, предусматриваемом для инкорпорации положений иностранного права, но не международной конвенции как таковой. Более того ситуация, предусматриваемая в данном подпункте, будет вызывать особые возражения, если сторонам будет

разрешаться в действительном порядке нарушать императивные нормы применимого права. Далее было указано, что прецеденты включения аналогичных правил в другие международные конвенции не вполне уместны для данного случая, поскольку, например, Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах[3] регулирует лишь один особый вид договоров, в то время как проект конвенции касается общих вопросов, затрагивающих различные области права.

96. В ответ было указано, что споры, касающиеся международных контрактов, разрешаются не только государственными судами и что распространенной практикой в международной торговле является арбитраж. Далее было указано, что третейские суды часто не привязаны к какому-либо конкретному географическому месторасположению и часто выносят решения по представленным на их рассмотрение спорам на основе права, избранного сторонами. На практике оговорки о выборе права не всегда содержат ссылки на законы каких-либо конкретных государств. Напротив, часто встречаются случаи, когда стороны, по своему выбору, распространяют на свои договоры действие какой-либо международной конвенции, независимо от законодательства той или иной конкретной правовой системы. Такой выбор международной конвенции для регулирования договора не зависит от внутреннего законодательства, как это ясно следует из пункта 1(e) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов[9], согласно которой эта Конвенция применяется к договорам перевозки, в том числе, когда коносамент предусматривает, что договор перевозки должен регулироваться положениями этой Конвенции или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

97. После того, как Рабочая группа приняла к сведению различные высказанные мнения и тот факт, что предложение об исключении подпункта (c) не получило достаточной поддержки, она решила сохранить данное положение для будущего рассмотрения.

Статья 2. Исключения

98. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи 2:

> "Настоящая Конвенция не применяется к использованию сообщений данных [в связи со следующими договорами, будь то заключенными или планируемыми] [в контексте заключения или исполнения следующих договоров]:
>
> a) договоры, заключенные в личных, семейных или домашних целях [, если только сторона, предлагающая товары или услуги, в любое время до или в момент заключения договора не знала и не должна была знать, что они предназначались для любого такого использования];
>
> [b) договоры, предоставляющие право на ограниченное использование прав интеллектуальной собственности;]
>
> c) [*другие исключения, которые могут быть добавлены Рабочей группой.*] [другие вопросы, указанные Договаривающимся государством согласно заявлению в соответствии со статьей X]".

[9] Ibid., vol. 1695, No. 29215.

Вступительная формулировка

99. Было отмечено, что вступительная часть проекта статьи 2 содержит альтернативные заключенные в квадратные скобки формулировки, которые Рабочей группе потребуется рассмотреть на более позднем этапе.

Подпункт (a)

100. Было указано, что в данном проекте подпункта потребительские контракты исключаются при использовании той же техники, которая была применена в подпункте (a) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. В то же время заключительная часть этой оговорки, а именно слова "если только сторона, предлагающая товары и услуги, в любое время до или в момент заключения договора не знала и не должна была знать, что они предназначались для любого такого использования", приведена в квадратных скобках с учетом получившего определенную поддержку на сорок первой сессии Рабочей группы предложения исключить эту формулировку (A/CN.9/528, пункт 52).

101. Было выражено общее согласие с большой важностью исключения потребительских сделок из сферы действия проекта конвенции, поскольку в нем содержится ряд правил, которые в контексте потребительских сделок являются неуместными. Было высказано мнение, что норма, аналогичная, например, содержащейся в пункте 2 проекта статьи 10, в котором устанавливается правило о том, что сообщение данных считается полученным с момента, когда создается возможность для его извлечения адресатом, является неуместной в контексте сделок с участием потребителей, поскольку от потребителей нельзя ожидать регулярной проверки своей электронной почты или способности быстро отличить законное коммерческое сообщение от почтового "мусора". Было высказано предположение о том, что от потребителей не должно требоваться соблюдение тех же стандартов, что и от лиц, участвующих в коммерческой деятельности.

102. Далее было указано, что применительно к потребительским сделкам режим ошибок и последствий ошибок будет обычно требовать, чтобы предусматривались специальные юридические правила, являющиеся намного более подробно разработанными, чем общие положения, которые содержатся в проекте статьи 14. Другой пример вызывающих трудности моментов был связан с тем, что правила о защите потребителей обычно предусматривают обязательство продавца предоставить для ознакомления потребителю договорные условия таким образом, который был бы доступен для потребителя. Кроме того, в правилах о защите потребителей, касающихся электронных сделок, также оговариваются условия, при которых на стандартные договорные условия можно ссылаться в отношении потребителя, и обстоятельства, при которых потребитель может считаться выразившим свое согласие с условиями, включенными в договор посредством ссылки. Ни один из этих вопросов в проекте конвенции не регулируется таким образом, который обеспечивал бы ту степень защиты, которой потребители пользуются в некоторых правовых системах. Рабочая группа согласилась с тем, что потребители должны быть исключены из сферы действия проекта конвенции.

103. Было высказано мнение, что текст, заключенный в квадратные скобки, следует сохранить для поддержания соответствия с Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле–продаже и обеспечения того же уровня правовой определенности, что и создаваемый этой Конвенцией. Было отмечено, что соответствующие положения Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже считаются важными для обеспечения правовой определенности и гарантий, не позволяющих поставить применимость этой Конвенции

исключительно в зависимость от способности продавца определить цель, для которой покупатель приобретает товары.

104. Противоположная точка зрения заключалась, однако, в том, что помещенный в квадратные скобки текст следует исключить, независимо от того, что он был составлен на основе формулировок, использованных в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Было высказано мнение о предпочтительности такого подхода, при котором исключение потребительских договоров не будет обусловливаться фактической или предполагаемой осведомленностью стороны, предлагающей товары или услуги. Было отмечено, что соответствующее положение в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже основывается на предположении о возможном возникновении ситуаций, когда договоры купли–продажи будут подпадать под действие Конвенции, несмотря на тот факт, что они были заключены потребителями (предыдущее обсуждение этого момента см. A/CN.9/527, пункты 83–89). Из этих положений вытекает, что разработчики Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже предполагали, что могут возникать ситуации, когда какой-либо договор купли–продажи будет входить в сферу применения Конвенции, несмотря на то обстоятельство, что он был заключен потребителем. Правовая определенность, достигнутая с помощью этого положения, как представляется, перевешивает риск охвата сделок, которые предполагалось исключить. Кроме того, было отмечено, что, как указывается в комментарии к проекту конвенции о договорах международной купли–продажи товаров, подготовленном в то время Секретариатом (A/CONF.97/5), подпункт (a) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже исходит из той предпосылки, что потребительские сделки являются международными сделками только в "относительно небольшом числе случаев".

105. Далее было указано, что если новый документ об электронном заключении договоров будет исключать потребительские сделки, то использование формулировки подпункта (a) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже может вызвать трудности, поскольку легкость доступа, обеспечиваемая открытыми системами коммуникации, которых не было во время разработки Конвенции, например Интернетом, существенно увеличивает вероятность того, что потребители будут приобретать товары у продавцов, находящихся за рубежом. Безусловное исключение, напротив, позволит обеспечить достаточную степень уверенности в том, что потребительские сделки ни при каких обстоятельствах не будут подпадать под действие проекта конвенции. Предложение об исключении текста в квадратных скобках получило определенную поддержку.

106. После подробных обсуждений было достигнуто согласие вернуться к данному вопросу после завершения рассмотрения Рабочей группой подпункта (a) проекта статьи 3 (см. пункты 112–115 ниже).

Подпункт (b)

107. Было напомнено, что предусматриваемое в подпункте (b) исключение договоров, предоставляющих право на ограниченное использование прав интеллектуальной собственности, приводится в квадратных скобках, поскольку Рабочая группа не достигла согласия по этому вопросу (A/CN.9/527, пункты 90–93, и A/CN.9/528, пункты 55–60). Рабочая группа отметила, что Международное бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности не видит необходимости в исключающей оговорке в отношении контрактов, связанных с правами интеллектуальной собственности (A/CN.9/WG.IV/WP.106, пункт 2). На этом основании Рабочая группа решила исключить данный подпункт.

Подпункт (c)

Другие исключения

108. Было отмечено, что в проекте подпункта (c) в квадратных скобках предлагаются два варианта, первый из которых предусматривает подготовку общего перечня исключений, а второй – использование заявлений, которые каждое договаривающееся государство может сделать согласно статье X. В целом предпочтение было отдано первому варианту.

109. Был предложен ряд вопросов для включения в общий перечень исключений. Было высказано мнение, что в общий перечень исключений согласно подпункту (c) следует включить некоторые существующие рынки финансовых услуг. Было отмечено, что, как это указывалось на предыдущих сессиях Рабочей группы (A/CN.9/527, пункт 95, и A/CN.9/528, пункт 61), на сектор финансовых услуг распространяются хорошо проработанные регулятивные и нерегулятивные правила, которые эффективно разрешают вопросы, связанные с электронной торговлей, в интересах всемирного функционирования данного сектора и применительно к которым включение этого сектора в проект конвенции не принесет какой-либо пользы. Было также указано, что с учетом уникальной природы этого сектора делегирование странам права делать подобное исключение на основе заявлений согласно статье X не будет надлежащим образом отражать реальность. Хотя была выражена поддержка исключению этого сектора, была также высказана обеспокоенность тем, что исключение, касающееся рынков финансовых услуг, является, возможно, излишне широким. В ответ было указано, что прилагается не широкое исключение финансовых услуг per se, а, скорее, исключение конкретных сделок, связанных, в том числе, с платежными системами, оборотными инструментами, производными финансовыми инструментами, свопами, соглашениями об обратных закупках (репо), валютными операциями, рынками ценных бумаг и облигаций, а также, возможно, общими закупочными операциями банков и операциями по кредитованию (A/CN.9/527, пункт 95, и A/CN.9/528, пункт 61).

110. Другое предложение состояло в том, чтобы исключить в подпункте (c) следующее: договоры, создающие или передающие права в недвижимости, за исключением прав аренды; договоры, применительно к которым в силу закона требуется участие судов, публичных органов или специалистов, осуществляющих публичные полномочия; договоры поручительства и договоры о дополнительном обеспечении, предоставляемом лицами, действующими с иными целями, чем их торговые, коммерческие или профессиональные цели; и договоры, регулируемые семейным или наследственным правом (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение II). Было отмечено, что третья категория этих вопросов, связанная с договорами поручительства, как представляется, частично охватывается предложением включить более общее исключение рынка финансовых услуг. Еще одно предложение состояло в том, чтобы включить в подпункт (c) альтернативный вариант, предусматривающий исключение из сферы действия проекта конвенции сообщений данных, обмен которыми происходит в связи с договорами, регулируемыми рядом действующих международных конвенций. Такой подход может снять необходимость в конкретном исключении таких конвенций посредством заявлений согласно пункту 2 проекта статьи X или пункту 3 проекта статьи Y. К числу возможных категорий для упоминания в общем перечне исключений относятся оборотные инструменты или документы, связанные с перевозкой грузов.

111. Было принято решение о том, что эти предложения следует отразить в квадратных скобках в новых положениях для обсуждения на одной из будущих сессий Рабочей группы.

Статья 3. Вопросы, не регулируемые настоящей Конвенцией

112. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи 3:

"Настоящая Конвенция не затрагивает действия и не имеет преимущественной силы по отношению к любой норме права, касающейся:

[a) защиты потребителей;]

b) действительности договора или каких-либо из его положений или любого обычая, [, если только иное не предусмотрено в статьях [...]];

c) прав и обязательств сторон, вытекающих из договора, каких-либо из его положений или любого обычая; или

d) последствий, которые может иметь договор в отношении собственности на права, созданные или переданные договором".

113. Было отмечено, что согласно подпункту (a) потребительские сделки не будут автоматически исключаться из сферы действия проекта конвенции, но что положения проекта конвенции не будут заменять или затрагивать правила о защите потребителей. Было отмечено, что если помещенный в квадратные скобки текст в подпункте (a) проекта статьи 2 будет исключен, то может быть исключен и подпункт (a) проекта статьи 3, который в некоторых отношениях является альтернативой данному подпункту (A/CN.9/528, пункт 52).

114. В то же время было высказано мнение о том, что, если заключенный в квадратные скобки текст в подпункте (a) проекта статьи 2 будет сохранен, станет возможной такая ситуация, когда в случае, если лицу, предлагающему товары или услуги, не известно или не должно было быть известно о том, что соответствующая сделка является потребительской, такая сделка будет охватываться проектом конвенции. С учетом такой возможности было указано на важность сохранения подпункта (a) проекта статьи 3 для обеспечения действия законов о защите потребителей. В поддержку этой точки зрения было также указано, что подпункт (a) следует сохранить для привлечения внимания к тому факту, что проект конвенции не преследует цели вмешательства в действие законодательства о защите потребителей.

115. С учетом очевидной связи между заключенными в квадратные скобки текстами в подпункте (a) проекта статьи 2 и подпункте (a) проекта статьи 3 Рабочая группа рассмотрела вопрос о последствиях подпункта (a) проекта статьи 3.

116. Было отмечено, что цель заключенного в квадратные скобки текста в подпункте (a) проекта статьи 2 состоит в обеспечении правовой определенности для поставляющего товары или услуги лица, у которого не в каждой конкретной ситуации может иметься возможность установить, является ли контрагент потребителем. Было указано, что для подобных случаев в подпункте (a) проекта статьи 2 разъясняется, что положения проекта конвенции будут применяться в обстоятельствах, когда личная или домашняя цель сделки не очевидна для другой стороны. В то же время было указано, что преимущество такой правовой определенности подрывается тем фактом, что в подпункте (a) проекта статьи 3 содержится отсылка к правилам о защите потребителей. Противоположная точка зрения состояла в том, что подпункт (a) проекта статьи 3 имеет важнейшее значение для защиты потребителей с учетом последствий возможного включения приводимого в квадратных скобках текста в подпункте (a) проекта статьи 2. С учетом очевидной коллизии между интересами защиты обоих видов сторон Рабочая группа пришла к выводу, что наилучшим путем обеспечения правовой определенности является установление в подпункте (a) проекта статьи 2 прямого и недвусмысленного исключения за счет снятия приведенного в квадратных скобках текста. Рабочая группа согласилась с тем, что в этом

случае подпункт (a) проекта статьи 3 становится излишним и может быть, таким образом, исключен.

Подпункты (b), (c) и (d)

117. Рабочая группа пришла к мнению, что, поскольку положения проекта конвенции не охватывают вопросов, являющихся предметом подпунктов (b), (c) и (d) статьи 3, необходимости в этих подпунктах не имеется. В свете этого наблюдения Рабочая группа постановила полностью исключить подпункты (b), (c) и (d).

118. В свете обсуждений, состоявшихся по подпунктам (a)–(d), Рабочая группа приняла решение об исключении данного проекта статьи.

Статья 4. Автономия сторон

119. Был рассмотрен следующий текст проекта статьи 4:

> "Стороны могут исключать применение настоящей Конвенции либо отступать от любого из ее положений или изменять его действие [за исключением следующего: ...]".

120. Рабочая группа отдала предпочтение безусловному применению принципа автономии сторон. В этой связи Рабочая группа согласилась с тем, что возможность исключений из этого принципа, о которой говорится в тексте в квадратных скобках, предусматриваться не должна. При этом была высказана обеспокоенность тем, что принцип автономии сторон не должен толковаться как разрешающий сторонам отходить от предусматриваемых национальным законодательством императивных требований в отношении формы или снижать стандарты функциональной эквивалентности, устанавливаемые в проекте статьи 9 проекта конвенции.

121. В ответ было отмечено, что установление функциональной эквивалентности для удовлетворения общих требований в отношении формы является единственной целью проекта конвенции и что проект конвенции не затрагивает действия императивных норм, которые требуют, например, использования в том или ином конкретном контексте специальных методов установления подлинности. В любом случае государства сохраняют возможность сделать по этим вопросам заявления согласно проекту статьи X.

122. Что касается общих требований в отношении формы, то по своему характеру положения проекта конвенции являются лишь вспомогательными. Для сторон последствия использования иного метода будут просто заключаться в том, что они не смогут удовлетворить требования в отношении формы, предусмотренные согласно проекту статьи 9. В то же время было признано, что этот вопрос, возможно, потребуется рассмотреть в контексте проекта статьи 9.

123. Было предложено оговорить в проекте статьи 4 также и способ, с помощью которого стороны могут отойти от положений проекта конвенции. В частности, было предложено разъяснить в данном проекте статьи, что отход может быть осуществлен как с помощью прямого исключения, так и, например, в результате включения в договор положения, противоречащего положениям проекта конвенции. Хотя в отношении этого предложения был высказан ряд оговорок, Рабочая группа согласилась с возможностью его рассмотрения и включения в квадратных скобках соответствующей дополнительной формулировки.

124. Было отмечено, что обсуждениям Рабочей группы по этому вопросу может оказать помощь исследование договорной практики в отношении отходов от положений Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже.

G. Записка Секретариата о правовых аспектах электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок третьей сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.108) [Подлинный текст на английском языке]

1. Рабочая группа начала обсуждение вопросов электронного заключения договоров на своей тридцать девятой сессии (Нью–Йорк, 11–15 марта 2002 года), когда она рассмотрела записку Секретариата об отдельных вопросах, касающихся электронного заключения договоров (A/CN.9/WG.IV/WP.95). В этой записке содержался также первоначальный проект, озаглавленный в предварительном порядке "Предварительный проект конвенции о [международных] договорах, заключенных или подтвержденных с помощью сообщений данных" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, приложение I).

2. На этой сессии Рабочая группа провела общий обмен мнениями относительно формы и сферы применения предварительного проекта конвенции, однако решила отложить обсуждение исключений из проекта конвенции до тех пор, пока она не получит возможность рассмотреть положения, касающиеся местонахождения сторон и заключения договоров (см. A/CN.9/509, пункты 18–40). Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению статей 7 и 14, в которых затрагиваются вопросы, касающиеся местонахождения сторон (см. A/CN.9/509, пункты 41–65). По завершении первоначального изучения этих положений Рабочая группа приступила к рассмотрению положений, касающихся заключения договоров и содержащихся в статьях 8–13 (см. A/CN.9/509, пункты 66–121). Рабочая группа завершила рассмотрение проекта конвенции на этой сессии обсуждением проекта статьи 15, касающегося доступности договорных условий (см. A/CN.9/509, пункты 122–125). Рабочая группа решила рассмотреть статьи 2–4, касающиеся сферы применения проекта конвенции, и статьи 5 (определения) и 6 (толкование) на своей сороковой сессии (см. A/CN.9/509, пункт 15).

3. Рабочая группа возобновила рассмотрение предварительного проекта конвенции на своей сороковой сессии (Вена, 14–18 октября 2002 года). Рабочая группа начала свою работу с общего обсуждения сферы применения предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/527, пункты 72–81). Затем Рабочая группа рассмотрела статьи 2–4, касающиеся сферы применения проекта конвенции, и статьи 5 (Определения) и 6 (Толкование) (см. A/CN.9/527, пункты 82–126).

4. После этого Секретариат подготовил пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.100, приложение). Рабочая группа на своей сорок первой сессии (Нью–Йорк, 5–9 мая 2003 года) провела обзор статей 1–11 пересмотренного предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/528, пункты 26–151). К Секретариату была обращена просьба подготовить следующий пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции для обсуждения Рабочей группой на ее сорок второй сессии.

5. На своей сорок второй сессии (Вена, 17–21 ноября 2003 года) Рабочая группа провела общее обсуждение сферы применения предварительного проекта конвенции (см. A/CN.9/546, пункты 33–38). Рабочая группа отметила, что Международная торговая палата учредила целевую группу для подготовки договорных правил и руководства по правовым вопросам, касающимся

электронной торговли, которые в предварительном порядке названы "E–термс 2004". Рабочая группа сочла работу, проводимую этой целевой группой, полезным дополнением деятельности Рабочей группы в связи с подготовкой международной конвенции. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению пересмотренного текста предварительного проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.103, приложение I). Рабочая группа рассмотрела статьи 8–15 и попросила внести в них ряд изменений (см. A/CN.9/546, пункты 39–135).

6. В приложении к настоящей записке содержится новый пересмотренный вариант предварительного проекта конвенции, в котором отражены обсуждения, проведенные Рабочей группой на ее предыдущих сессиях, и принятые ею решения.

ПРИЛОЖЕНИЕ[1]

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ[2] ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ В [МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ] [КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ]

Глава I. Сфера применения

Статья 1. Сфера применения

1. Настоящая Конвенция применяется к использованию сообщений данных в связи с заключенными или планируемыми договорами между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах:

Вариант A[3]

a) когда эти государства являются Договаривающимися государствами;

b) когда согласно нормам частного международного права применимо право Договаривающегося государства[4]; или

c) когда стороны договорились о ее применении[5].

---

[1] Цифры в квадратных скобках после номера статей указывают на соответствующие номера статей в предыдущем варианте проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.103, приложение).

[2] Форма конвенции определяется только рабочей предпосылкой (см. A/CN.9/484, пункт 124), что не наносит ущерба окончательному решению Рабочей группы относительно природы документа.

[3] В этом варианте отражена сфера применения проекта конвенции, как она по сути устанавливалась в предыдущих проектах. С помощью объединения этого варианта с вариантом A статьи Y договаривающееся государство ясно укажет, что положения проекта конвенции применяются к сообщениям, обмен которыми происходит в соответствии с любой упомянутой международной конвенцией, и сохранит при этом возможность исключить те или иные конкретные документы или добавить их по своему усмотрению.

[4] В данном пункте воспроизводится правило, содержащееся в положениях о сфере применения в других документах ЮНСИТРАЛ. Против этой нормы высказывались возражения на том основании, что такое расширение сферы действия конвенции, которое по своей природе действует ex post facto, приведет к значительному сокращению определенности в момент заключения договора (см. A/CN.9/509, пункт 38). На своей сорок первой сессии Рабочая группа решила сохранить этот подпункт (см. A/CN.9/528, пункт 42). Если он будет сохранен, Рабочей группе потребуется рассмотреть возможность включения положения, позволяющего делать оговорки к этому правилу, как это было предложено на сорок первой сессии (там же). См. также пункт 1 статьи X.

[5] Эта возможность предусматривается, например, в пункте 2 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Рабочая группа отложила принятие решения по этому подпункту до завершения рассмотрения нормоустанавливающих положений проекта конвенции (A/CN.9/528, пункты 43 и 44).

Вариант B[6]

... когда эти государства являются участниками настоящей Конвенции и сообщения данных используются в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым согласно законодательству этих Государств–участников применяется одна из следующих международных конвенций:

Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 14 июня 1974 года) и Протокол к ней (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 17 апреля 1991 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью–Йорк, 11 декабря 1995 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, 12 декабря 2001 года).

2. То обстоятельство, что коммерческие предприятия сторон находятся в разных государствах, не принимается во внимание, если это не вытекает ни из договора, ни из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами.

3. Ни национальная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости настоящей Конвенции.

Статья 2. Исключения[7]

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли разрешить договаривающимся государствам исключать применение этого положения посредством заявления согласно пункту 1 проекта статьи X.

[6] В этом варианте отражен вариант 1 предложения, представленного Германией Рабочей группе на ее сорок второй сессии (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). На практике этот вариант приведет к ограничению применимости проекта конвенции только сообщениями данных, обмен которыми происходит в соответствии с вышеупомянутыми конвенциями, при сохранении возможности отдельных исключений договаривающимися государствами согласно варианту C проекта статьи Y.

[7] Последний проект данной статьи содержал два варианта, отражающие альтернативные подходы к урегулированию вопроса о потребительских договорах. Согласно варианту A потребительские договоры исключались при использовании такого же метода, как и тот, который применен в подпункте (a) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле–продаже"). В варианте B содержалась отсылка к нормам внутреннего права, регулирующим вопросы защиты потребителей, причем потребительские сделки из сферы действия проекта конвенции не исключались (см. A/CN.9/527, пункт 89; см. также A/CN.9/528, пункты 51–54). В настоящем варианте данного проекта статьи сохранен лишь бывший вариант A. Бывший вариант B включен в проект статьи 3, поскольку в его нынешней формулировке его содержание в большей мере соответствует именно этому проекту статьи. Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что весь проект этой статьи может оказаться излишним, если она предпочтет определить сферу применения проекта конвенции аналогично тому, как это предлагается в варианте C проекта статьи 1, поскольку проект конвенции будет применяться в этом случае только к обмену сообщениями данных,

Настоящая Конвенция не применяется к использованию сообщений данных [в связи со следующими договорами, будь то заключенными или планируемыми] [в контексте заключения или исполнения следующих договоров]:

a) договоры, заключенные в личных, семейных или домашних целях [, если только сторона, предлагающая товары или услуги, в любое время до или в момент заключения договора знала или должна была знать, что они предназначались для любого такого использования][8];

[b) договоры, предоставляющие право на ограниченное использование прав интеллектуальной собственности;] [9]

c) [*другие исключения, которые могут быть добавлены Рабочей группой.*][10] [другие вопросы, указанные Договаривающимся государством согласно заявлению в соответствии со статьей X][11].

Статья 3. Вопросы, не регулируемые настоящей Конвенцией[12]

Настоящая Конвенция не затрагивает действия и не имеет преимущественной силы[13] по отношению к любой норме права, касающейся:

подпадающих под действие соответствующих международных конвенций согласно их собственным нормам о сфере применения.

[8] Последняя формулировка заключена в квадратные скобки, поскольку предложение исключить все слова после формулировки "в домашних целях" получило определенную поддержку на сорок первой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/528, пункт 52).

[9] Это исключение приводится в квадратных скобках, поскольку Рабочая группа еще не достигла согласия по данному вопросу (см. A/CN.9/527, пункты 90–93, и A/CN.9/528, пункты 55–60). Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что Международное бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности не видит необходимости в исключающей оговорке применительно к договорам, связанным с правами интеллектуальной собственности (см. A/CN.9/WG.IV/WP.106, пункт 2).

[10] В этот проект статьи могут быть включены дополнительные исключения, решение о которых может быть принято Рабочей группой. В целях содействия рассмотрению этого вопроса Рабочей группой в приложении II первоначального проекта (A/CN.9/WG.IV/WP.95) – в иллюстративных целях и без намерения представить исчерпывающий список – воспроизводятся исключения, обычно содержащиеся во внутренних законодательных актах об электронной торговле. Дополнительные исключения, которые были предложены на сороковой сессии Рабочей группы и вновь подтверждены на ее сорок первой сессии, касались некоторых имеющихся рынков финансовых услуг, на которых действуют хорошо разработанные правила, принятые в порядке регулирования или вытекающие из стандартных соглашений, практики, системных правил или из иных источников. В число таких исключений входили платежные системы, оборотные документы, производные инструменты, свопы, соглашения об обратной покупке, операции с иностранной валютой, рынки ценных бумаг и облигаций, причем, предположительно, сферой действия охватывались общие закупочные операции банков и операции кредитования (см. A/CN.9/527, пункт 95, и A/CN.9/528, пункт 61). На сорок первой сессии было предложено дополнительно исключить "сделки с недвижимостью, а также договоры, имеющие отношение к судам или публичным органам, семейному и наследственному праву" (см. A/CN.9/528, пункт 63). В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) на своей тридцать шестой сессии постановила провести работу в области публичных закупок, включая закупки с помощью электронных средств (см. A/58/17, пункты 225–230). Это решение может поставить под сомнение уместность общего исключения "договоров, имеющих отношение к судам или публичным органам".

[11] Эта альтернативная формулировка снимет необходимость в подготовке общего перечня исключений (см. A/CN.9/527, пункт 96).

[12] Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что весь проект этой статьи может оказаться излишним, если она предпочтет определить сферу применения проекта конвенции аналогично тому, как это предлагается в варианте C проекта статьи 1, поскольку проект конвенции будет применяться в этом случае только к обмену сообщениями данных, подпадающих под действие соответствующих международных конвенций согласно их собственным нормам о сфере применения.

[a] защиты потребителей;][14]

b) действительности договора или каких-либо из его положений или любого обычая, [, если только иное не предусмотрено в статьях […]][15];

c) права и обязательства сторон, вытекающие из договора, каких-либо из его положений или любого обычая[16]; или

d) последствий, которые может иметь договор в отношении собственности на права, созданные или переданные договором[17].

Статья 4. Автономия сторон

Стороны могут исключать применение настоящей Конвенции либо отступать от любого из ее положений или изменять его действие [за исключением следующего: […]][18].

Глава II. Общие положения

Статья 5. Определения[19]

Для целей настоящей Конвенции:

---

[13] Эта формулировка включена на основании высказанного на сорок первой сессии Рабочей группы мнения о том, что использовавшиеся ранее слова "Настоящая Конвенция не затрагивает …" являются неточными (см. A/CN.9/528, пункт 67).

[14] Проект подпункта (a) заключен в квадратные скобки, поскольку в некоторых отношениях он представляет собой альтернативу подпункту (a) статьи 2 (см. A/CN.9/528, пункт 52). Согласно этому правилу потребительские сделки не будут автоматически исключаться из сферы действия проекта конвенции, однако положения конвенции не будут заменять правила о защите потребителей или затрагивать их действие.

[15] Проект подпункта (b) сформулирован на основе подпункта (a) статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь между общими исключениями согласно данному проекту статьи и другими положениями, которые, например, подтверждают действительность сообщений данных, например, проектами статей 8, 9 и 13 (см. AC/N.9/527, пункт 103).

[16] Предварительный проект конвенции не затрагивает вытекающих из договора вопросов существа, которые для всех других целей по-прежнему регулируются применимым правом (см. A/CN.9/WG.IV/WP.25, пункты 10–12). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости в сохранении этого положения, поскольку правило, содержащееся в данном подпункте, может в любом случае с очевидностью вытекать из ограниченной сферы применения проекта конвенции.

[17] Проект подпункта (d) основывается *mutatis mutandis* на подпункте (b) статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже. Независимо от окончательного решения по проектам статей 1 и Y, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости в сохранении этого положения, поскольку правило, содержащееся в данном подпункте, может в любом случае с очевидностью вытекать из ограниченной сферы применения проекта конвенции.

[18] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности и желательности некоторого ограничения этого принципа в контексте предварительного проекта конвенции, особенно с учетом таких положений, как пункт 3 проекта статьи 9 и проекты статей 11 и 15 (см. A/CN.9/527, пункт 109; см. также A/CN.9/528, пункты 71–75). В предыдущем варианте этого проекта статьи содержался второй пункт, касавшийся согласия сторон на использование сообщений данных в договорном контексте. Это положение в настоящее время объединено с проектом статьи 8.

[19] Определения, содержащиеся в проектах подпунктов (a) – (e), взяты из статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Определение "электронной подписи" соответствует определению этого термина в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Определения "оферента" и "получатель оферты" были исключены, несмотря на решения Рабочей группы об их временном сохранении (см. A/CN.9/527, пункт 115). По мнению Секретариата, эти термины стали излишними с учетом измененной формулировки проектов статей 8 и 13 (см. A/CN.9/528, пункт 106).

a) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;

b) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает электронную передачу с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации;

c) "составитель" сообщения данных означает какое-либо лицо, которым или от имени которого сообщение данных, как предполагается[20], было отправлено или подготовлено до хранения, если таковое имело место, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;

d) "адресат" сообщения данных означает какое-либо лицо, которое, согласно намерению составителя, должно получить сообщение данных, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;

e) "информационная система" означает систему для подготовки, отправления, получения, хранения или иной обработки сообщений данных[21];

f) "автоматизированная информационная система" означает компьютерную программу или электронные или другие автоматизированные средства, используемые для начала операции или ответа на сообщение данных или операции полностью или частично, без просмотра или участия физического лица всякий раз, когда этой системой начинается какая-либо операция или готовится какой-либо ответ[22];

[g) "электронная подпись" означает данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложенных к нему, или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы для идентификации подписавшего в связи с сообщением данных и указания на то, что подписавший согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных][23];

[h) "коммерческое предприятие"[24] означает [любое место операций, в котором лицо осуществляет не носящую временного характера деятельность,

---

[20] Формулировка этого определения взята из подпункта (c) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Секретариату было сообщено мнение о том, что слова "как предполагается" было бы предпочтительно исключить.

[21] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, требуется ли дальнейшее разъяснение этого определения с учетом вопросов, поднятых в связи с пунктом 2 бывшей статьи 11 (в настоящее время – статья 10) (см. A/CN.9/528, пункты 148 и 149, и A/CN.9/546, пункты 59–80).

[22] Это определение основывается на определении "электронного агента", содержащемся в пункте 6 раздела 2 Единообразного закона об электронных сделках Соединенных Штатов; аналогичное определение также используется в разделе 19 канадского Единообразного закона об электронной торговле. Это определение было включено с учетом содержания проекта статьи 14.

[23] В первоначальном проекте, содержащемся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95, в качестве варианта этого положения приводилось общее определение понятия "подпись". Хотя Рабочая группа в предварительном порядке согласилась сохранить оба варианта, Секретариат предлагает, что с учетом ограниченном сферы действия проекта конвенции было бы более целесообразно включить только определение "электронной подписи", оставив урегулирование вопроса об определении "подписи" на усмотрение права, применимого на иных основаниях, как это предлагалось на сороковой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/527, пункты 116–119).

[24] Предлагаемое определение приводится в квадратных скобках, поскольку Комиссия еще не выработала определения "коммерческого предприятия" (см. A/CN.9/527, пункты 120–122). На тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что правила определения местонахождения сторон следует расширить за счет включения таких

охватывающую людей и товары или услуги;][25] [место, в котором сторона сохраняет стабильное предприятие для осуществления экономической деятельности, иной чем временное предоставление товаров или услуг из определенного места;][26]

[i) "лицо" и "сторона" включают физические и юридические лица;][27]

[j) другие определения, которые Рабочая группа, возможно, пожелает добавить.][28]

Статья 6. Толкование

1. При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.

2. Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящей Конвенции и которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов – в соответствии с правом, применимым [в силу норм частного международного права][29].

элементов, как место учреждения или регистрации юридического лица (см. A/CN.9/509, пункт 53). Рабочая группа приняла решение о том, что она может изучить вопрос о целесообразности использования дополнительных элементов, помимо критериев, которые применяются для определения местонахождения сторон, путем расширения определения "коммерческого предприятия" (см. там же, пункт 54). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить предлагаемые дополнительные концепции и любые другие новые элементы в качестве альтернативы элементам, используемым в настоящее время, или же только в качестве субсидиарного правила для тех юридических лиц, которые не имеют "предприятия". К числу дополнительных случаев, которые, возможно, заслуживают дальнейшего изучения Рабочей группой, могут относиться ситуации, когда наиболее значительный компонент людских ресурсов или товаров или услуг, используемых для целей той или иной коммерческой деятельности, расположен в месте, слабо связанном с центром операций компании, например, когда оборудование и персонал, используемые так называемым "виртуальным коммерческим предприятием" в одной стране, представляют собой лишь арендуемые мощности на расположенном в другом месте сервере, принадлежащем третьей стороне.

[25] Этот альтернативный вариант отражает существенные элементы концепции "коммерческого предприятия", как она понимается в международной коммерческой практике, и концепции "предприятия", как она используется в подпункте (f) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

[26] Этот вариант исходит из понимания этого термина в рамках Европейского союза (см. пункт 19 преамбулы к Директиве 2000/31/ЕС Европейского союза).

[27] В ходе подготовки Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле было сочтено, что подобное определение следует включить не в текст самого документа, а в руководство по его принятию. Поскольку конвенция в обычном порядке не будет сопровождаться пространными комментариями, предлагаемое определение было включено в ее текст в форме положения при условии, что Рабочая группа сочтет его необходимым, особенно с учетом таких положений, как подпункт 4(b) варианта B статьи 9.

[28] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении определений других терминов, таких как "подписавший" (если будет принят вариант B проекта статьи 10 (бывшая 14)), "интерактивное применение", "электронная почта" или "доменное имя".

[29] Заключительная формулировка была помещена в квадратные скобки по просьбе Рабочей группы. Аналогичные формулировки в других документах неверно толковались как разрешающие немедленную отсылку к применимому праву согласно коллизионным нормам государства суда для целей толкования соответствующих конвенций, без учета коллизионных норм, содержащихся в самих конвенциях (см. A/CN.9/527, пункты 125 и 126).

Статья 7. Местонахождение сторон[30]

1. Для целей настоящей Конвенции коммерческим предприятием какого-либо лица считается место, указанное этим лицом [, если только это лицо не имеет коммерческого предприятия в этом месте [и что такое указание сделано исключительно для того, чтобы обеспечить применение настоящей Конвенции или избежать ее применения]].

2. Если какое-либо лицо [не указало коммерческого предприятия и, с учетом пункта 1 настоящей статьи, какое-либо лицо][31] имеет несколько коммерческих предприятий, ее коммерческим предприятием для целей настоящей Конвенции считается то, которое с учетом обстоятельств, известных сторонам или предполагавшихся ими в любое время до или в момент заключения договора, имеет наиболее тесную связь с соответствующим договором или его исполнением.

3. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его постоянное местожительство.

4. Местонахождение оборудования и технических средств, поддерживающих информационную систему, использовавшуюся лицом в связи с заключением договора, или место, из которого может быть получен доступ к такой информационной системе другими лицами, сами по себе не образуют коммерческого предприятия [за исключением случаев, когда такое юридическое лицо не имеет коммерческого предприятия [по смыслу статьи 5(h)]][32].

5. Тот факт, что лицо использует доменное имя или адрес электронной почты, связанные с какой-либо конкретной страной, не создает сам по себе презумпции, что коммерческое предприятие такого лица находится в этой стране[33].

---

[30] Этот проект пункта не преследует цели создания новой концепции "коммерческого предприятия" в интерактивной среде. Формулировка в квадратных скобках направлена на предотвращение возникновения ситуаций, когда одна из сторон может извлечь выгоду из заведомо неточных или неправдивых заверений (см. A/CN.9/509, пункт 49), а не на ограничение способности сторон договариваться о применении конвенции или какое-либо иное вмешательство в право сторон избирать применимое право. Два варианта, которые ранее содержались в этом проекте положения, были объединены с учетом предпочтения, выраженного Рабочей группой в отношении варианта A (см. A/CN.9/528, пункт 88). Слова "явно и очевидно", которые, по мнению Рабочей группы, ведут к созданию юридической неопределенности (там же, пункт 86), были исключены.

[31] Секретариату было сообщено мнение о том, что презумпция, предусматриваемая в этом проекте статьи, может применяться также и в случае, когда сторона не указывает своего коммерческого предприятия. Это мнение отражено с помощью формулировки, заключенной в квадратные скобки, поскольку предусматриваемая в данном проекте статьи презумпция в других текстах ЮНСИТРАЛ использовалась только в отношении случаев, когда имеются несколько коммерческих предприятий.

[32] В этом проекте пункта отражен принцип, состоящий в том, что правила о местонахождении не должны приводить к тому, чтобы какая-либо сторона считалась имеющей коммерческое предприятие в одной стране при заключении электронных договоров и в другой стране – при заключении договоров с помощью более традиционных средств (см. A/CN.9/484, пункт 103). Этот проект пункта строится на основе решения, предложенного в пункте 19 преамбулы к Директиве 2000/31/ЕС Европейского союза (см. также обзор вопросов, связанных с местонахождением информационных систем, в документе A/CN.9/WG.IV/WP.104, пункты 9–17). Цель формулировки, заключенной в квадратные скобки, состоит в урегулировании вопросов, связанных только с так называемыми "виртуальными компаниями", а не с физическими лицами, которые охватываются правилом, содержащимся в проекте пункта 3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности объединения в одном положении пунктов 4 и 5, которые она согласилась сохранить для дальнейшего обсуждения (см. A/CN.9/509, пункт 59).

[33] Нынешняя система присвоения доменных имен первоначально не задумывалась для строго учета географических критериев. В силу этого видимая связь между доменным именем и

Статья 7 бис [11]. Требования, касающиеся информации

Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает применения любых норм права, которые могут требовать от сторон раскрывать информацию об их личности и коммерческом предприятии или иную информацию, а также не освобождает какую-либо сторону от юридических последствий представления неточных или ложных заявлений в этой связи.

Глава III. Использование сообщений данных в международных договорах

Статья 8 [10]. Признание юридической силы сообщений данных

1. Если сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают направить в связи с заключенным или планируемым договором, включая оферту или акцепт оферты, производятся с помощью сообщений данных, такие сообщения, заявления, требования, уведомления или просьбы не могут быть лишены действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовались сообщения данных.

[2. Ничто в настоящей Конвенции не требует от какого-либо лица использовать или принимать информацию в форме сообщений данных, однако согласие лица использовать или принимать информацию в форме сообщений данных может быть выведено из его поведения.][34]

Статья 9 [14]. Требования в отношении формы

[1. Ничто в настоящей Конвенции не требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с заключенным или планируемым договором, предоставлялись или подтверждались в какой-либо конкретной форме.][35]

2. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с

страной не является сама по себе достаточной для вывода о том, что между пользователем доменного имени и этой страной существует реальная и постоянная связь (см. A/CN.9/509, пункты 44–46; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.104, пункты 18–20). В то же время в некоторых странах присвоение доменных имен производится только после проверки точности информации, представленной заявителем, в том числе информации о его местонахождении в стране, к которой относится соответствующее доменное имя. Применительно к таким странам было бы, возможно, целесообразным полагаться, по крайней мере отчасти, на доменные имена для цели статьи 7, вопреки тому, что предлагается в данном проекте пункта (см. A/CN.9/509, пункт 58). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли расширить охват предлагаемых правил для урегулирования подобных ситуаций.

[34] В этом положении отражена идея о том, что стороны не должны принуждаться к принятию договорных оферт или к их акцепту с помощью электронных средств, если они того не желают (см. A/CN.9/527, пункт 108). В то же время, поскольку это положение не направлено на то, чтобы потребовать от сторон всегда соглашаться в предварительном порядке об использовании сообщений данных, во второй части данного проекта пункта предусматривается, что согласие стороны на совершение электронных операций может быть выведено из ее поведения. Ссылка на "согласие" была заменена словами "согласие лица использовать или принимать информацию в форме сообщений данных" с тем, чтобы избежать возможности создания неверного впечатления, будто бы в этом проекте пункта речь идет о согласии с основной сделкой (см. A/CN.9/546, пункт 43).

[35] В этом положении воспроизводится общий принцип свободы формы, содержащийся в статье 11 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, как это предлагалось на тридцать девятой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/509, пункт 115).

договором, были представлены в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования[36].

3. В случае, когда законодательство требует, чтобы договор или любое другое сообщение, заявление, требование, уведомление или просьба, которые требуются от сторон или которые стороны желают представить в связи с договором, были подписаны, или предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

a) использован какой-либо способ для идентификации лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и

b) этот способ является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности[37].

Статья 10. Время и место отправления и получения сообщений данных[38]

1. Моментом отправления сообщения данных является момент, когда сообщение данных [поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя.] [покидает информационную систему, находящуюся под контролем составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя] или, если сообщение не [поступило в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя или лица, которое отправило сообщение данных от имени составителя] [покинуло информационную систему, находящуюся под контролем составителя или лица, которое отправило сообщение от имени составителя], – в момент, когда сообщение данных получено.

2. Моментом получения сообщения данных считается момент, когда создается возможность для его извлечения адресатом или иным лицом, указанным адресатом. Считается, что сообщение данных может быть извлечено адресатом, когда оно поступает в информационную систему адресата, если только выбор этой конкретной информационной системы составителем для направления сообщения данных был бы неразумным с учетом обстоятельств дела и содержания сообщения данных.

---

[36] В этом положении устанавливаются критерии функциональной эквивалентности между сообщениями данных и бумажными документами, аналогично тому, как это делается в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о значении терминов "законодательство" и "письменная форма" и о возможной необходимости во включении определений этих терминов (см. A/CN.9/509, пункты 116 и 117).

[37] В этом проекте пункта излагаются общие критерии функциональной эквивалентности между собственноручными подписями и электронными методами идентификации, содержащиеся в статье 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

[38] Предыдущие варианты этого проекта статьи более тесно придерживались формулировок статьи 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле с некоторыми изменениями, внесенными для согласования редакции отдельных положений с используемой в других местах проекта конвенции редакцией. Нынешняя редакция отражает обсуждения, проведенные Рабочей группой на ее сорок второй сессии (см. A/CN.9/546, пункты 59–86). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть новую формулировку, в частности проект пункта 2, с целью обеспечения соответствия, с точки зрения получаемых результатов, со статьей 15 Типового закона.

3. Сообщение данных считается отправленным в месте нахождения коммерческого предприятия составителя и считается полученным в месте нахождения коммерческого предприятия адресата, как они определяются в соответствии со статьей 7.

4. Пункт 2 настоящей статьи применяется независимо от того, что место, в котором находится информационная система, может отличаться от места, в котором сообщение данных считается полученным согласно пункту 3 настоящей статьи.

Статья 11 [12]. Предложения представлять оферты[39]

Предложение заключить договор, сделанное при помощи одного или нескольких сообщений данных и адресованное не одному или нескольким конкретным лицам, а являющееся в целом доступным для сторон, использующих информационные системы, включая предложения, предусматривающие использование интерактивных прикладных средств[40] для размещения заказов через такие информационные системы, считается приглашением представлять оферты, если в нем ясно не указывается намерение лица, делающего предложение, считать себя связанным в случае акцепта.

Статья 12 [14]. Использование автоматизированных информационных систем для заключения договоров[41]

Договор, заключенный в результате взаимодействия автоматизированной информационной системы и какого-либо лица или взаимодействия автоматизированных информационных систем, не может быть лишен юридической силы, действительности или исковой силы лишь на том основании,

---

[39] Данное положение касается вопроса, вызвавшего обширные обсуждения. На сорок первой сессии Рабочей группы было отмечено, что "в настоящее время в этой области отсутствует стандартная коммерческая практика" (см. A/CN.9/528, пункт 117). Нынешний текст исходит из пункта 1 статьи 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже и тем подтверждается принцип, состоящий в том, что предложения заключить договор, адресованные неограниченному кругу лиц, не являются связывающими офертами, даже если они предполагают использование интерактивных прикладных систем. В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сформулировать специальные правила для регулирования предложений товаров через платформы в сети Интернет, предназначенные для проведения аукционов, и аналогичные сделки, которые во многих правовых системах рассматриваются как предполагающие связывающие оферты продать товар лицу, предложившему наиболее высокую цену.

[40] На своей сорок второй сессии Рабочая группа отметила, что понятие "автоматизированная информационная система", которое использовалось в предыдущих вариантах этого проекта статьи, не обеспечивает разумных руководящих указаний, поскольку сторона, размещающая заказ, может не знать, каким образом будет обрабатываться ее заказ и в какой степени информационная система является автоматизированной. В свою очередь понятие "интерактивные прикладные средства", как указывалось, является объективным термином, который лучше описывает ситуацию, очевидную для любого лица, получающего доступ к системе, а именно ситуацию, когда ему предлагается обменяться информацией через эту систему с помощью незамедлительных действий и ответов, которые создают видимость автоматического режима. Было отмечено, что данный термин является скорее не юридическим, а техническим термином, указывающим на то, что основное внимание в этом положении уделяется тому, что очевидно стороне, активирующей систему, а не тому, каким образом функционирует данная система. Исходя из этого Рабочая группа решила, что термин "интерактивные прикладные средства" можно сохранить (см. A/CN.9/546, пункт 114).

[41] Эта статья составлена в редакции правила недискриминации, как об этом просила Рабочая группа на своей сорок второй сессии (см. A/CN.9/546, пункты 128 и 129). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости дополнения этого положения общим положением об атрибуции сообщений данных, включая атрибуцию сообщений данных, являющихся предметом обмена между автоматизированными информационными системами (см. A/CN.9/546, пункты 85, 86 и 125–127).

что отдельные операции, осуществляемые такими системами, или достигнутое в результате их соглашение происходят без контроля со стороны какого-либо лица.

[Статья 13 [15]. Доступность договорных условий

[Вариант A[42]

Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает применения любых норм права, которые могут требовать от стороны, заключающей договор посредством обмена сообщениями данных, предоставить в распоряжение другой договаривающейся стороны сообщения данных, содержащие договорные условия, каким-либо конкретным образом, или не освобождает сторону от юридических последствий неспособности выполнить это требование.]

[Вариант B[43]

Сторона, предлагающая товары или услуги через информационную систему, которая в целом открыта для доступа лиц, использующих информационные системы[44], обеспечивает доступность сообщения или сообщений данных, содержащих договорные условия[45], для другой стороны [в течение разумного периода времени] таким образом, который создает возможность для его или их хранения и воспроизведения.]

Статья 14 [16]. Ошибки в передаче электронных сообщений

Вариант A[46]

---

[42] Этот вариант был добавлен по просьбе Рабочей группы ввиду противоречий, вызываемых данным проектом статьи (см. A/CN.9/546, пункты 130–135). Если будет сохранен только этот вариант, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении данного проекта статьи в главу I или II проекта конвенции или даже об объединении его с нынешним проектом статьи 3.

[43] Этот проект статьи, который основывается на пункте 3 статьи 10 директивы 2000/31/EC Европейского союза, заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла консенсуса относительно необходимости в таком положении (см. A/CN.9/509, пункты 123–125). Если это положение будет сохранено, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть в этом проекте статьи последствия неспособности стороны предоставить доступ к договорным условиям, а также оговорить надлежащие последствия. В некоторых правовых системах последствия могут заключаться в том, что договорное условие, с которым не была ознакомлена противная сторона, не будет иметь исковой силы в ее отношении.

[44] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должным ли образом описывает эта формулировка те виды ситуаций, которые она предполагала урегулировать в этом проекте статьи.

[45] Слова "и общие условия" были исключены как избыточные. В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о конкретизации этого положения применительно к тому варианту договорных условий, который требуется сохранить.

[46] Этот проект пункта касается вопроса об ошибках при автоматизированных сделках (см. A/CN.9/WG.IV/WP.95, пункты 74–79). Правило, содержавшееся в пункте 1 варианта A предыдущих проектов этой статьи, строится на основе пункта 2 статьи 11 Директивы 2000/31/EC Европейского союз, который накладывает на лиц, предлагающих товары и услуги через автоматизированную информационную систему, обязательство предоставить средства для исправления ошибок во вводимой информации и устанавливает требование о том, чтобы такие средства были "надлежащими, эффективными и доступными". Против этого проекта статьи выдвигались по сути два вида возражений: одно из них состояло в том, что в проекте конвенции не следует предпринимать попыток урегулировать такой сложный материально–правовой вопрос, как вопрос оплошностей и ошибок, по которому Рабочая группа еще не пришла к окончательному решению; другое возражение состояло в том, что обязательства, предусматривавшиеся в пункте 2 статьи 14 первого варианта проекта конвенции (как он содержится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.95), были сочтены носящими регулятивный или публично–правовой характер (см. A/CN.9/509, пункт 108). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли

[Если стороны [прямо] не договорились об ином,][47] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и[48]:

a) автоматизированная информационная система не предоставляет этому лицу возможности предупредить или исправить ошибку;

b) это лицо уведомляет другое лицо об ошибке в кратчайший практически возможный срок, когда это лицо узнает о ней, и указывает, что оно сделало ошибку в сообщении данных;

[c) это лицо предпринимает разумные шаги, включая шаги, отвечающие инструкциям другого лица о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, уничтожает такие товары или услуги; и

d) это лицо не использовало и не получало никаких материальных выгод или стоимости от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другого лица.][49]

Вариант B

1. [Если стороны [прямо] не договорились об ином,][50] договор, заключенный каким-либо лицом, которое получает доступ к автоматизированной информационной системе другой стороны, не создает юридических последствий и не имеет исковой силы, если это лицо делает ошибку в сообщении данных и автоматизированная информационная система не предоставляет ему возможности предупредить или исправить ошибку. Лицо, ссылающееся на ошибку, должно уведомить другую сторону об ошибке в кратчайший практически возможный срок и указать, что оно сделало ошибку в сообщении данных[51].

[2. Лицо не имеет права ссылаться на ошибку согласно пункту 1

последнее возражение быть снято путем исключения ссылки на обязательство предоставить в распоряжение средства для исправления ошибок и установления лишь частно–правовых последствий за не предоставление таких средств.

[47] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли отход от устанавливаемого порядка на основании соглашения сторон быть прямо выраженным или же он может вытекать из молчаливого согласия, когда, например, сторона размещает заказ через автоматизированную информационную систему продавца, даже если такой стороне очевидно, что эта система не дает возможности исправить ошибки во вводимой информации.

[48] Это положение касается юридических последствий ошибок, совершенных физическим лицом при обмене сообщениями с автоматизированной компьютерной системой. Этот проект положения основывается на разделе 22 канадского Единообразного закона об электронной торговле. На тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение, что подобное положение может быть неуместным в контексте коммерческих (то есть непотребительских) сделок, поскольку право на аннулирование договора в случае существенных ошибок не всегда может предусматриваться согласно общим нормам договорного права. Тем не менее Рабочая группа постановила сохранить это положение для дальнейшего обсуждения (см. A/CN.9/509, пункты 110 и 111).

[49] Подпункты (c) и (d) заключены в квадратные скобки, поскольку на тридцать девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что рассматриваемые в них вопросы выходят за рамки круга вопросов заключения договоров и представляют собой отход от существующих в ряде правовых систем положений о последствиях расторжения договоров (см. A/CN.9/509, пункт 110).

[50] См. сноску 47.

[51] В этом варианте в двух пунктах объединены различные элементы, содержавшиеся в пункте 2 и подпунктах (a)–(d) пункта 3 предыдущего варианта этого проекта статьи (см. A/CN.9/WG.IV/WP.95), как об этом просила Рабочая группа (см. A/CN.9/509, пункт 111).

a) если это лицо не предпринимает разумных шагов, включая шаги, отвечающие инструкциям другого лица о возвращении товаров или услуг, если таковые имеются, полученных в результате ошибки, или, в случае получения соответствующих инструкций, не уничтожает такие товары или услуги; или

b) если это лицо использовало и получало какие-либо материальные выгоды или стоимость от товаров или услуг, если таковые имеются, полученных от другого лица.][52]

[*Другие положения по материально–правовым вопросам, которые Рабочая группа, возможно, пожелает включить.*][53]

Глава IV. Заключительные положения

[*Статья X. Заявления об исключении*[54]

1. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет связано положениями подпункта 1(b) статьи 1 настоящей Конвенции[55].

2. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет применять настоящую Конвенцию, к вопросам, указанным в его заявлении.

3. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.]

Статья Y. Обмен сообщениями согласно другим международным конвенциям[56]

Вариант A[57]

---

[52] См. сноску 49.

[53] Такие дополнительные положения могут касаться, помимо последствий несоблюдения тем или иным лицом проектов статей 11, 15 и 16 – вопроса, который Рабочая группа еще не рассматривала (см. A/CN.9/527, пункт 103) – других вопросов, которые регулируются в законодательстве об электронной торговле, например, ответственности поставщиков информационных услуг за утрату или задержку в связи с передачей сообщений данных.

[54] Рабочая группа еще не завершила своих обсуждений по вопросу о возможных исключениях из сферы действия предварительного проекта конвенции согласно проекту статьи 2 (см. A/CN.9/527, пункты 83–98). Данный проект статьи был добавлен в качестве возможного альтернативного варианта на случай, если по вопросу о возможных исключениях из сферы действия предварительного проекта конвенции не удастся достичь консенсуса.

[55] На своей сорок первой сессии Рабочая группа согласилась рассмотреть на более позднем этапе положение, позволяющее договаривающимся государствам исключать применение подпункта (b) пункта 1 статьи 1, аналогично тому, как это сделано в статье 95 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле–продаже (см. A/CN.9/528, пункт 42).

[56] Цель этого проекта статьи заключается в том, чтобы предложить возможное общее решение применительно к некоторым юридическим препятствиям электронной торговле, существующим в действующих международных документах, которые были объектом исследования, проведенного в ранее подготовленной Секретариатом записке (A/CN.9/WG.IV/WP.94). На сороковой сессии Рабочей группы было достигнуто общее согласие с этим порядком действий в той мере, в которой соответствующие вопросы носят общий характер, что имеет место по крайней мере, применительно к большинству вопросов, возникающих в связи с документами, перечисленными в варианте A (см. A/CN.9/527, пункты 33–48). Если будут приняты варианты B или C, то название этого проекта статьи потребуется заменить на "оговорки".

[57] Цель этого варианта состоит в том, чтобы снять сомнения относительно взаимосвязи правил, включенных в проект конвенции, и правил, содержащихся в других международных

1. Если иное не указано в заявлении, сделанном в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, Государство – участник настоящей Конвенции [может в любой момент заявить, что оно][58] обязуется применять положения [статьи 7 и] главы III[59] настоящей Конвенции к обмену [с помощью сообщений данных] любыми сообщениями, заявлениями, требованиями, уведомлениями или просьбами [, включая оферты и акцепты оферт], которые могут требоваться от сторон или которые они могут пожелать сделать в связи или в соответствии с любыми из нижеследующих международных соглашений или конвенций, договаривающимся государством которых является или может стать это государство:

Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров (Нью–Йорк, 14 июня 1974 года) и Протокол к ней (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 17 апреля 1991 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью–Йорк, 11 декабря 1995 года);

Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, 12 декабря 2001 года).

[2. Любое государство может заявить в момент сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно будет также применять настоящую Конвенцию к обмену посредством сообщений данных любыми сообщениями, заявлениями, требованиями, уведомлениями или просьбами согласно любым другим международным соглашениям или конвенциям по вопросам частного коммерческого права, договаривающимся государством которых

конвенциях. Он не направлен на то, чтобы изменить или иным образом затронуть применение любых других международных конвенций. На практике результатом этого проекта статьи станет принятие на себя договаривающимся государством обязательства использовать положения проекта конвенции для устранения возможных юридических препятствий развитию электронной торговли, которые могут возникать в силу таких конвенций, и содействовать их применению в случаях, когда стороны осуществляют свои операции с помощью электронных средств.

[58] Цель формулировки, заключенной в квадратные скобки, состоит в том, чтобы придать гибкость применению данного проекта статьи, поскольку без такого разъяснения это положение может быть прочитано как означающее, что обязательство согласно данному проекту статьи должно быть принято при подписании, ратификации или присоединении и его объем не может быть расширен на более позднем этапе. Если эта формулировка будет сохранена, в статью Y потребуется, возможно, включить положение, аналогичное пункту 3 проекта статьи X.

[59] Цель прямой ссылки на материально–правовые положения проекта конвенции, содержащиеся в главе III, состоит в том, чтобы избежать создания впечатления, будто бы положения о сфере применения проекта конвенции будут затрагивать определения сферы действия других международных конвенций. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, подлежат ли также положения проекта статьи 7, ссылка на которые приводится в квадратных скобках, субсидиарному (в порядке толкования) применению в контексте других международных конвенций или могут ли эти положения затронуть существующее толкование таких конвенций.

является это государство и которые указаны в заявлении этого государства.][60]

3. Любое государство может заявить в любой момент, что оно не будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] к международным договорам, подпадающим под действие [любых из вышеперечисленных конвенций] [одного или нескольких международных соглашений, договоров или конвенций, договаривающейся стороной которых является это государство и которые указаны в заявлении этого государства].

4. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

Вариант B[61]

1. Любое государство может в любой момент сделать оговорку о том, что оно будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] только к сообщениям данных в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым согласно законодательству этого государства должна применяться та или иная международная конвенция, прямо указанная в оговорке, сделанной этим государством.

2. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

Вариант C[62]

1. Любое государство может заявить в любой момент, что оно будет применять настоящую Конвенцию [или какие-либо ее конкретные положения] к сообщениям данных в связи с заключенными или планируемыми договорами, к которым должны применяться одна или несколько международных конвенций, о которых говорится в пункте 1 статьи 1, при условии, что соответствующие конвенции конкретно указаны в заявлении, сделанном этим государством.

2. Любое заявление, сделанное в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, вступает в силу в первый день месяца по истечении [шести] месяцев после даты его получения депозитарием.

[*Общепринятые и другие заключительные положения, которые Рабочая группа, возможно, пожелает включить.*]

---

[60] Цель пункта 1 варианта A состоит в том, чтобы четко указать, что положения проекта конвенции применяются также к сообщениям, обмен которыми осуществляется в соответствии с любыми поименованными в нем международными конвенциями. В пункте 2 предусматривается возможность для договаривающегося государства распространить и расширить применение нового документа на использование сообщений данных в контексте других международных конвенций.

[61] В этом варианте отражен вариант 2 предложения, представленного Германией на сорок второй сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Он логически связан с вариантом A проекта статьи 1. Его практическим результатом будет ограничение применимости проекта конвенции только сообщениями, обмен которыми осуществляется в соответствии с конвенциями, конкретно указанными договаривающимися государствами.

[62] В этом варианте отражен вариант 1 предложения, представленного Германией на сорок второй сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Он включен на тот случай, что Рабочая группа остановит свой выбор на варианте B проекта статьи 1, с тем чтобы предоставить договаривающимся государствам возможность исключить применение проекта конвенции к некоторым конкретным конвенциям.

V. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ

A. Доклад Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее четвертой сессии (Вена, 8-12 сентября 2003 года)

(A/CN.9/543) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–8
II.	Организация работы сессии	9–14
III.	Обсуждения и решения	15
IV.	Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	16–120
Глава IV.	Создание обеспечительных прав (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)	16–44
A.	Залог предприятия и "плавающее" обременение	16–22
B.	Постоянные принадлежности	23–24
C.	Поступления	25–27
D.	Соглашение об обеспечении	28–34
E.	Вещно–правовые требования	35–36
F.	Резюме и рекомендации	37–44
Глава IX.	Несостоятельность (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)	45–83
A.	Введение	46
B.	Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности	47
C.	Включение обремененных активов в имущественную массу	48–55
D.	Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных права	56
E.	Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	57–58
F.	Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок	59–62
G.	Относительный приоритет обеспечительных прав	63–69
H.	Финансирование после открытия производства	70
I.	Реорганизационная процедура	71
J.	Ускоренная реорганизационная процедура	72
K.	Резюме и рекомендации	73–74
L.	Взаимосвязь между двумя руководствами	75–78
M.	Координация с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности)	79–83
Глава I.	Введение (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)	84–99
A.	Цель и сфера применения Руководства	84–87
B.	Терминология	88–96
C.	Примеры видов практики финансирования, которые следует охватить в Руководстве	97–99
Глава II.	Ключевые цели эффективного и действенного режима обеспеченных сделок (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)	100–102
Глава VII.	Приоритет (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)	103–120
A.	Введение	103–104
B.	Правила приоритета	105–106
C.	Альтернативные правила приоритета	107

Пункты

D. Необеспеченные кредиторы 108
E. Обеспечительные права в отношении покупной суммы 109–114
F. Требования о возвращении 115–116
G. Покупатели обремененных активов 117–120

V. Будущая работа 121

I. Введение

1. На своей нынешней сессии Рабочая группа продолжила свою деятельность по разработке "эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, являющихся предметом коммерческой деятельности"[1]. Решение Комиссии провести работу в области законодательства об обеспеченном кредитовании было принято в ответ на необходимость установления эффективного правового режима, который устранил бы правовые препятствия обеспеченному кредитованию и мог бы, таким образом, оказывать благоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов[2].

2. На своей тридцать третьей сессии (2000 год) Комиссия рассмотрела подготовленный Секретариатом доклад о вопросах, которые должны быть урегулированы в области законодательства об обеспеченном кредитовании (A/CN.9/475). На этой сессии Комиссия решила, что законодательство об обеспеченном кредитовании является важной темой, на которую как раз вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом ее тесной связи с работой Комиссии в области законодательства о несостоятельности. Было активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы оказать значительное воздействие на наличие и стоимость кредита и тем самым на международную торговлю. Кроме того, широкую поддержку получило и мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы устранить неравенство в плане доступа к недорогому кредиту между сторонами в развитых странах и сторонами в развивающихся странах, а также в плане той доли выгоды, которую такие стороны извлекают из международной торговли. Вместе с тем в качестве предостережения было отмечено, что в подобном законодательстве, чтобы оно было приемлемым для государств, должна быть обеспечена надлежащая сбалансированность в режиме привилегированных, обеспеченных и необеспеченных кредиторов. Кроме того, было заявлено, что с учетом расхождений в политике государств было бы целесообразно применять гибкий подход, направленный на подготовку свода принципов вместе с руководством, а не типового закона[3].

3. На своей тридцать четвертой сессии (2001 год) Комиссия рассмотрела еще один доклад, подготовленный Секретариатом (A/CN.9/496), и решила, что необходимо проделать такую работу с учетом благоприятного экономического воздействия современного законодательства об обеспеченном кредитовании. Было указано, что, как показал опыт, недостатки в этой области могут оказывать серьезное негативное воздействие на экономическую и финансовую систему какой-либо страны. Было также указано, что наличие эффективной и

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 358.

[2] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 455, и *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 347.

[3] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 459.

предсказуемой правовой основы принесет и краткосрочные, и долгосрочные макроэкономические выгоды. В краткосрочном плане, а именно тогда, когда страны сталкиваются с кризисом в своем финансовом секторе, эффективная и предсказуемая правовая основа является необходимой, в частности, с точки зрения обеспечения удовлетворения финансовых требований, с тем чтобы оказать банкам и другим финансовым учреждениям помощь в борьбе со снижением обеспеченности их требований посредством установления механизмов безотлагательного обеспечения удовлетворения таких требований и содействия реструктуризации компаний путем создания инструмента, который предлагал бы стимулы для промежуточного финансирования. В долгосрочном плане гибкая и эффективная правовая основа обеспечительных прав могла бы служить в качестве полезного средства ускорения экономического роста. И действительно, без доступа к недорогим кредитам нельзя содействовать экономическому росту, конкуренции и международной торговле, а это будет препятствовать предприятиям в их расширении до достижения их полного потенциала[4]. В отношении формы работы Комиссия пришла к мнению о том, что типовой закон был бы слишком жестким, и отметила предложения о разработке совокупности принципов совместно с руководством для законодательных органов, которое включало бы рекомендации для законодательных органов[5].

4. На своей первой сессии (Нью–Йорк, 20–24 мая 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы I–V и X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add. 1–5 и 10) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленного Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. документ A/CN.9/512, пункт 12). На этой же сессии Рабочая группа также рассмотрела предложения относительно представления современных систем регистрации для ознакомления Рабочей группы с информацией, необходимой для рассмотрения вопросов, поднятых в связи с регистрацией обеспечительных прав в движимом имуществе (см. документ A/CN.9/512, пункт 65). На этой же сессии Рабочая группа согласилась с необходимостью координации деятельности с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) по вопросам, представляющим взаимный интерес, и одобрила выводы Рабочей группы V по этим вопросам (см. документ A/CN.9/512, пункт 88).

5. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия рассмотрела доклад о работе первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/512). Широкую поддержку получило мнение о том, что благодаря руководству для законодательных органов Комиссия получает прекрасную возможность оказать государствам помощь в принятии современного законодательства об обеспеченных сделках, которое, по общему мнению, является обязательным, хотя и не единственным достаточным, условием расширения доступа к недорогостоящему кредиту, что содействует трансграничному движению товаров и услуг, экономическому развитию и в конечном счете установлению дружественных отношений между государствами. В связи с этим Комиссия с удовлетворением отметила, что этот проект привлек внимание международных правительственных и неправительственных организаций и что некоторые из них приняли активное участие в обсуждении в рамках Рабочей группы. На этой сессии широкую поддержку в Комиссии получило также мнение о своевременности этой инициативы Комиссии с учетом как соответствующих законодательных инициатив, предпринимаемых в настоящее время на национальном и международном уровнях, так и собственной инициативы Комиссии в области законодательства о несостоятельности. После обсуждения Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе на

[4] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 351.
[5] Там же, пункт 357.

ее тридцать четвертой сессии, в отношении разработки эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, включая инвентарные запасы. Комиссия также подтвердила, что мандат Рабочей группы следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[6].

6. На своей второй сессии (Вена, 17–20 декабря 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы VI, VII и IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add. 6, 7 и 9) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленного Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. документ A/CN.9/531, пункт 15). В связи с этой сессией и в соответствии с предложениями, внесенными на первой сессии Рабочей группы (см. документ A/CN.9/512, пункт 65), было проведено неофициальное представление систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе Новой Зеландии и Норвегии. Непосредственно до этой сессии рабочие группы V (Законодательство о несостоятельности) и VI (Обеспечительные интересы) провели свою первую совместную сессию (Вена, 16–17 декабря 2002 года), в ходе которой был рассмотрен пересмотренный вариант бывшей главы X (новая глава IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5), касающейся несостоятельности. На этой сессии Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант данной главы (см. документ A/CN.9/535, пункт 8).

7. На своей третьей сессии (Нью–Йорк, 3–7 марта 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы VIII, XI и XII первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 и A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) и главы II и III (пункты 1–33) второго варианта проекта руководства (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) и просила Секретариат подготовить их пересмотренные варианты (A/CN.9/532, пункт 13).

8. На ее тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссии были представлены доклады Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее второй и третьей сессий (A/CN.9/531 и A/CN.9/532), а также доклад о работе первой совместной сессии рабочих групп V и VI (A/CN.9/535). Комиссия с удовлетворением отметила прогресс в работе Рабочей группы[7].

II. Организация работы сессии

9. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою четвертую сессию в Вене 8–12 сентября 2003 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов Комиссии: Австрии, Бенина, Бразилии, Буркина-Фасо, бывшей югославской Республики Македония, Венгрии, Германии, Гондураса, Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Марокко, Мексики, Парагвая, Российской Федерации, Руанды, Румынии, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Сьерра–Леоне, Таиланда, Уругвая (поочередно по году с Аргентиной), Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

10. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Аргентины, Венесуэлы, Ганы, Индонезии, Коста-Рики, Кот–

[6] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 202–204.
[7] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 215–222.

д'Ивуара, Ливана, Ливийской Арабской Джамахирии, Нигерии, Перу, Польши, Республики Корея, Турции, Украины, Чешской Республики и Швейцарии.

11. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих национальных или международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк; b) межправительственные организации: Азиатский клиринговый союз, Центр по вопросам национального права в интересах межамериканской свободной торговли (ЦНПМСТ); c) неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Центр международных исследований в области права, Ассоциация коммерческого финансирования (АКФ), Еврофакторинг, Международная торговая палата (МТП), Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) и Институт Макса Планка по иностранному и международному частному праву.

12. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-жа Катрин САБО (Канада);

Докладчик: г–н Норберт Чизмазиа (Венгрия)

13. На рассмотрении Рабочей группы находились следующие документы: A/CN.9/WG.VI/WP.8 (предварительная повестка дня), A/CN.9/WG.VI/WP.6 и Add. 1 и 3, а также A/CN.9/WG.VI/WP.9 и Add. 1–4 и 6–8.

14. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

III. Обсуждение и решения

15. Рабочая группа рассмотрела главы IV (Создание обеспечительных прав), IX (Несостоятельность), I (Введение), II (Ключевые цели) и пункты 1–41 главы VII (Приоритет) проекта руководства. Ход обсуждения в Рабочей группе и принятые ею решения изложены в части IV ниже. Секретариату было предложено подготовить на основе результатов обсуждения и решений пересмотренный вариант глав проекта руководства, рассмотренных на нынешней сессии.

IV. Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Глава IV. Создание обеспечительных прав (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)

A. Залог предприятия и "плавающее" обременение (пункты 27–33)

16. Напомнив о том, что на своей третьей сессии она рассмотрела пункты 1–33 главы IV (см. документ A/CN.9/532, пункт 108), Рабочая группа возобновила рассмотрение вопроса о залоге предприятия.

17. Рабочая группа решила, что данный раздел следует пересмотреть, с тем чтобы обеспечить сбалансированное изложение преимуществ и недостатков концепции залога предприятия. Было указано, что основное преимущество обеспечительного права в форме залога предприятия заключается в том, что оно позволяет предприятию, которое имеет большую стоимость в качестве единого целого, получать больше кредитов при более низких затратах. С другой стороны, было отмечено, что залог предприятия может ограничивать способность должника получать кредиты из других источников и увеличивать затраты, связанные с такими кредитами, до такой степени, что другие кредиторы лишаются защиты. Было указано, что в некоторых странах были установлены ограничения в отношении объема залога предприятия, с точки зрения процентной доли стоимости предприятия, в случае несостоятельности. В ответ было отмечено, что следует тщательно рассмотреть вопросы об экономическом воздействии установления любых таких ограничений в проекте руководства и месте их включения в него. Было также указано, что любые ограничения должны быть частью законодательства о несостоятельности и их следует рассмотреть в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, а также в главе проекта руководства по обеспеченным сделкам, посвященной несостоятельности.

18. Что касается примечания, содержащегося после пункта 33, то, по общему согласию, достигнутому в Рабочей группе, назначение управляющего может быть произведено по соглашению между должником и обеспеченным кредитором судом или судом. Было высказано предположение о том, что такое назначение может быть также произведено должником. Было решено, что назначение управляющего имеет отношение к принудительной реализации обеспечительного права в ходе производства по делу о несостоятельности и за рамками такого производства и, хотя в главе о создании обеспечительных прав следует сделать ссылку на способность сторон соглашения об обеспечении принимать решение о назначении управляющего при принудительной реализации залога предприятия за рамками несостоятельности, полностью и подробно данный вопрос можно было бы наилучшим образом рассмотреть в главе о неисполнении обязательств и принудительном их исполнении.

19. Были высказаны различные мнения в отношении вопроса о том, будет ли управляющий действовать за рамками производства по делу о несостоятельности в интересах только обеспеченного кредитора или же всех кредиторов. Одно из мнений заключалось в том, что управляющий будет действовать в интересах обеспеченного кредитора, поскольку его назначение представляет собой метод принудительной реализации обеспечительного права. Если это вызывает у других кредиторов озабоченность, то они могут обратиться в суд с ходатайством об объявлении должника несостоятельным. Другое мнение заключалось в том, что, поскольку назначение управляющего призвано сохранить стоимость предприятия как функционирующей хозяйственной единицы и является весьма близким к несостоятельности, управляющий будет действовать в интересах всех кредиторов, в частности, в случае назначения управляющего должником для проведения реорганизации предприятия. Было указано, что такой метод принудительной реализации является весьма близким к несостоятельности и его использование ставит также вопрос о применимости действий по расторжению сделок.

20. В связи с пунктом 28 Рабочая группа решила, что, хотя последнее предложение его текста является верным по отношению ко многим государствам, можно было бы добавить в него дополнительную формулировку о том, что рассмотрение этого вопроса в проекте руководства касается только движимого имущества и не препятствует какому-либо государству допускать, чтобы залог предприятия включал недвижимое имущество.

21. В отношении пункта 32 было указано, что установленный до несостоятельности приоритет интереса в форме залога предприятия не следует изменять и что, если такие изменения были произведены, они должны быть ограниченными и прозрачными. В ответ было отмечено, что принятое в последнее время в некоторых странах законодательство ограничило такой приоритет частью общей стоимости предприятия, с тем чтобы обеспечить защиту других кредиторов (см. пункт 17 выше).

22. Хотя пункт 33 получил поддержку, были высказаны разные мнения о том, следует ли его изложить вновь в качестве рекомендации. В поддержку рекомендации, содержащей текст пункта 33, было указано, что создание обеспечения во всех активах является полезным инструментом в современной системе обеспеченных сделок. В качестве возражения против включения такой рекомендации было отмечено, что создание обеспечения во всех активах сопряжено с риском чрезмерного обременения и возникновения монополии кредиторов.

B. Постоянные принадлежности (пункты 34–35)

23. Хотя было решено, что пункты 34 и 35 затрагивают весьма важный вопрос, была выражена и озабоченность по ряду аспектов. В одном случае озабоченность обусловливалась тем, что нецелесообразно включать эти пункты в главу о создании обеспечительных прав, поскольку они по существу касаются публичности и приоритета. В другом случае озабоченность была обусловлена тем, что материал, изложенный в этих пунктах, не является полным, поскольку в нем не затрагиваются случаи, когда движимое имущество присоединено к другому движимому имуществу (присоединение) или когда движимое имущество подверглось обработке. В еще одном случае озабоченность была вызвана тем, что легкость отделения такого имущества не может быть надлежащим образом определена на основе таких критериев, как техническая трудность и затраты.

24. В ответ на соответствующий вопрос было отмечено, что взаимосвязь между правом в недвижимом имуществе и правом в смежном нематериальном имуществе (например, правом аренды) рассматривается в главе о приоритете. В ответ на другой вопрос было отмечено, что вопросы обеспечения специальной публичности для постоянных принадлежностей рассматриваются в главе о публичности.

C. Поступления (пункты 36–47)

25. В отношении пунктов 36–47 были внесены ряд предложений. Одно из предложений заключалось в том, что пункт 41 следует дополнить ссылкой на причину признания права в гражданских или естественных приращениях (т.е. ожидания обеспеченного кредитора в отношении получения дохода, генерируемого обремененными активами). Другое предложение заключалось в том, что в пункте 43 следует прямо сослаться на систему обеспечения публичности, рекомендуемую в проекте руководства. Еще одно предложение заключалось в том, что в пункт 46 необходимо включить ссылку на то обстоятельство, что, поскольку поступления занимают место обремененных активов, вещный характер права обеспеченного кредитора в поступлениях от обремененных активов является естественным следствием вещного характера обеспечительного права. Другое предложение заключалось в том, что весьма важно, чтобы практика признавала такие права в поступлениях, допуская при этом вероятность того, что права в поступлениях неизбежно будут вести к

конфликтам между, например, теми, кто финансирует инвентарные запасы, и теми, кто финансирует дебиторскую задолженность.

26. Что касается примечаний, содержащихся в пунктах 44 и 45, то было решено, что в них поставлены важные вопросы, которые следует урегулировать в проекте руководства. Вместе с тем было указано, что вопрос об отслеживании поступлений, поставленный в пункте 45, является более важным, чем вопрос о моменте времени, поставленный в пункте 44. Было также отмечено, что активы будут либо поступлениями, либо нет, и что пункт 44 в сочетании с пунктом 72 может вводить в заблуждение, поскольку в нем предусматривается излишняя третья вероятность, а именно вероятность того, что такие активы будут представлять собой "поддающиеся идентификации поступления" (или "легко поддающиеся идентификации поступления"). Было также подчеркнуто, что принципы, установленные в отношении обремененных активов (например, в отношении общего описания и возможности предоставления обеспечительного права в активах, приобретенных после его создания), должны также применяться в отношении поступлений и что, соответственно, все, что необходимо потребовать, заключается в том, чтобы кредитор доказал, что такие поступления представляют собой его активы, служащие обременением. Кроме того, было предложено рассмотреть в проекте руководства вопрос о том, предоставляется ли право в поступлениях в силу закона или по соглашению. Было указано, что этот вопрос является вопросом удобства для сторон, а не политическим вопросом для законодателя, и что проект руководства должен предусматривать обе возможности.

27. В ответ на предположение о том, что содержащиеся в проекте руководства правила о поступлениях могли бы быть сформулированы по аналогии с правилами о поступлениях, содержащимися в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле ("Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке"), было отмечено, что использование такого подхода может и не быть целесообразным, поскольку правила о поступлениях, установленные в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, являются коллизионными нормами.

D. Соглашение об обеспечении (пункты 48–60)

28. Было указано, что содержащееся во втором предложении текста пункта 48 заявление общего характера о том, что "в большинстве правовых систем" для создания обеспечительного права требуется совершение дополнительного акта, может быть и не совсем верным. Было также отмечено, что содержащееся во втором предложении текста пункта 49 заявление также может быть и не совсем верным, поскольку обеспечительное право может быть создано автоматически в том случае, если соглашение об обеспечении предусматривает наступление такого результата при предоставлении кредита по усмотрению обеспеченного кредитора. В ответ было указано, что пункт 49 призван провести различие между соглашением об обеспечении и обещанием предоставить обеспечение. Однако после обсуждения было решено, что пункт 49 является излишним и что его можно было бы исключить.

29. В связи с пунктом 50 было высказано предположение о том, что, поскольку ссылка на юридическое обоснование сделки вводит в заблуждение, ее следует исключить. Против этого предположения было высказано возражение, поскольку ссылка на юридическое обоснование или основания для заключения сделки является весьма важной в некоторых системах. Было также высказано предположение о том, что последнее предложение текста пункта 50 следовало бы пересмотреть, поскольку при сложных сделках или сделках, в связи с которыми обеспечение предоставляется третьей стороной, соглашение об

обеспечении является отдельным соглашением. Кроме того, было высказано предположение о том, что в пункте 50 следовало бы также сослаться на то обстоятельство, что включение описания обремененных активов в соглашение об обеспечении сводит к минимуму риск возникновения споров по поводу охвата и риск манипуляций после неисполнения обязательств.

30. В связи с пунктом 51 было высказано предположение о том, что в нем следовало бы конкретно указать, что и физические, и юридические лица могут быть сторонами соглашения об обеспечении (причем, как было заявлено, это подразумевается в ссылке на "лицо", содержащейся в определениях "должника" и "обеспеченного кредитора" в части B главы I). Было также высказано предположение о том, что в проекте руководства следовало бы затронуть вопрос о том, может ли залог предприятия или аналогичное обеспечительное право быть предоставленным физическими лицами. В связи с этим был упомянут Типовой закон ЕБРР об обеспеченных сделках, который допускает предоставление залога предприятия только самими предприятиями.

31. В отношении пункта 52 было указано, что описание обремененных активов должно быть также включено в минимальное содержание соглашения об обеспечении. Было также предложено добавить к минимальному содержанию дату заключения соглашения об обеспечении.

32. В отношении пунктов 54–58 и вопроса о форме были высказаны разные мнения. Одно из мнений заключалось в том, что письменная форма не должна требоваться для того, чтобы соглашение об обеспечении было действительным. Было указано, что требование в отношении формы оказало бы негативное воздействие на ряд сделок, которые заключаются устно (например, сделки купли–продажи с сохранением правового титула). Было также отмечено, что в некоторых системах, в которых требование в отношении формы не установлено даже для сделок с недвижимым имуществом, будет весьма трудно установить такое требование в отношении движимого имущества.

33. Однако превалирующее мнение заключалось в том, что соглашение об обеспечении должно быть заключено в письменной форме. Было указано, что письменная форма обеспечивает определенность, которая, как утверждалось, имеет решающее значение тогда, когда затрагиваются третьи стороны, и исключает манипуляции после неисполнения обязательств. Было также отмечено, что на сделки не будет оказывать негативное воздействие требование в отношении простой письменной формы, которую не будет необходимо подписывать обеим сторонам и которая может включать сообщение данных (т.е. "информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими"; см. статью 2(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле).

34. Было высказано предположение о том, что в такой рекомендации могло бы предусматриваться, что письменная форма будет желательной, но вопрос об этом будет оставлен для решения законодателем или сторонами.

E. Вещно–правовые требования (пункты 61–70)

35. В связи с пунктом 61 было высказано предположение о том, что в нем следовало бы прямо указать, что право собственности включает ограниченное вещное право. Рабочая группа напомнила о своем решении отложить обсуждение вопроса о том, является ли сам актив или правовой титул на него объектом обеспечительного права, до того, как она получит возможность рассмотреть пункт 61 (см. документ A/CN.9/532, пункт 100). Хотя Рабочая

группа признала, что существуют два взгляда на решение этого вопроса, она согласилась с тем, что нет необходимости пересматривать пункт 61. В связи с пунктом 62 было высказано предположение о том, что в отсутствие конкретных примеров затрагиваемую в нем проблему трудно осознать.

36. В отношении пунктов 66–70 было указано, что, поскольку в них затрагиваются вопросы, рассматриваемые в других положениях проекта руководства (например, в главах о публичности и приоритете), они могут и не быть необходимыми. Было также отмечено, что если данные пункты призваны носить описательный характер по отношению к различным подходам, то они не должны быть сформулированы в качестве рекомендаций (что подразумевается в пункте 75).

F. Резюме и рекомендации (пункты 71–75)

37. Пункт 71 получил достаточную поддержку в Рабочей группе. В отношении примечания, содержащегося после пункта 71, было высказано предположение о том, что исключения из рекомендаций, изложенных в пункте 71, следует сформулировать таким образом, чтобы затронуть виды обеспеченных обязательств (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 5 и 6), виды активов (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 17 и 18) или виды обеспечения (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункт 27), на которые могут распространяться специальные – национальные или международные – режимы. Была сделана ссылка на Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках, который предусматривает исключения из понятия обеспечения во всех активах. Была также сделана ссылка на такие конвенции, как Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудовании, поскольку в некоторых странах принятые впоследствии положения внутреннего законодательства могут заменять какую-либо конвенцию.

38. Вместе с тем было предложено провести различие между видами активов, обязательств или обеспечения, на которые распространяется действие специальных положений законодательства, иных чем общие положения законодательства об обеспеченных сделках (которые следует исключить из сферы применения проекта руководства полностью), и видами активов, обязательств или обеспечения, на которые распространяется действие положений законодательства об обеспеченных сделках, но которые сопряжены с регистрацией в специальных реестрах (которые следует включить в сферу применения проекта руководства, но которые следует исключить из вида регистрации, предусматриваемого проектом руководства).

39. В связи с пунктом 72 было предложено пересмотреть его текст с тем, чтобы в нем содержалась ссылка на "поступления", а не на "поступления, которые могут быть легко идентифицированы". Было также предложено в нем разъяснить, что понятие "поступлений" включает все, что было получено применительно к обремененным активам. Кроме того, было предложено сформулировать рекомендации в отношении тех вопросов, которые затрагиваются в примечании к пункту 72.

40. Было предложено пересмотреть текст пункта 73, с тем чтобы отразить в нем мнения, высказанные в пользу письменной формы и против нее. Было также предложено включить в него ссылку на определение сообщения данных, содержащееся в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. В связи с этим было указано, что нет такой причины, по какой требование в отношении письменной формы не может быть соблюдено сообщением данных, включая электронную запись, если оно может быть найдено и прочитано и если оно показывает, что лицо, предоставившее обеспечение, намеревалось

предоставить обеспечительное право. В ответ на соответствующий вопрос было отмечено, что не имеет значения то обстоятельство, кто являлся составителем этого сообщения данных.

41. Была выражена поддержка предложению о том, чтобы в соглашении об обеспечении указывались его стороны и содержалось разумное описание обремененных активов и обеспеченных обязательств. Хотя было высказано мнение о том, что следует требовать включения конкретного описания обремененных активов, превалирующая точка зрения заключалась в том, что описания общего характера будет достаточно.

42. Рекомендация, содержащаяся в пункте 74, получила достаточную поддержку в Рабочей группе. Было также решено пересмотреть рекомендацию, изложенную в пункте 75, с тем чтобы в ней предусмотреть, что для создания непосессорного обеспечительного права достаточно наличия соглашения, тогда как акты обеспечения публичности будут иметь отношение к действительности обеспечительного права применительно к третьим сторонам.

43. Было предложено также подготовить рекомендацию, касающуюся создания обеспечения во всех активах должника (право в форме залога предприятия или "плавающего" обременения). Было также предложено разработать рекомендацию в отношении постоянных принадлежностей и присоединенного имущества.

44. После обсуждения Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой пересмотреть главу IV с учетом высказанных мнений и внесенных предложений.

Глава IX. Несостоятельность (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)

45. С учетом того обстоятельства, что на заседаниях присутствовали эксперты Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) по вопросам законодательства о несостоятельности, Рабочая группа приступила к рассмотрению главы IX, касающейся несостоятельности.

A. Введение (пункты 1–4)

46. В отношении пункта 1 были внесены два предложения. Одно предложение заключалось в том, чтобы, поскольку вопросы, кратко изложенные в главе IX, более подробно рассматриваются в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, усилить предпоследнее предложение текста пункта 1, в котором указывается на необходимость отсылки к проекту руководства по вопросам законодательства о несостоятельности для ознакомления с деталями. Другое предложение предусматривало включение во второе предложение текста ссылки на основополагающие соображения, отраженные в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, без изложения примеров таких соображений, которые носят произвольный характер или вводят в заблуждение.

B. Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности (пункты 5–6)

47. Было предложено исключить примеры, приведенные в последнем предложении текста пункта 6, поскольку они могут непреднамеренно создавать впечатление о том, что упрощенное реорганизационное производство касается только определенных видов задолженности.

C. Включение обремененных активов в имущественную массу (пункты 7–19)

48. Рабочая группа решила, что обремененные активы должны быть частью имущественной массы. По вопросу о том, должны ли активы, правовой титул на которые удерживается или передается, быть частью имущественной массы, были высказаны различные мнения.

49. Одно из мнений заключалось в том, что статус таких активов должен быть таким же, что и статус обремененных активов. Было указано, что предоставление продавцу, удерживающему правовой титул, специальных и превосходящих прав, без учета цены и качества, причинило бы ущерб конкуренции с другими источниками кредитования и тем самым негативно воздействовало бы на цены на товары и услуги, а также на наличие и стоимость кредитов. Кроме того, было отмечено, что, даже если этот вопрос придется решать как вопрос, относящийся к сохранению или расторжению договора купли–продажи управляющим в деле о несостоятельности, такие активы не будут передаваться продавцу до истечения 30- или 60-дневного периода времени, в течение которого управляющий в деле о несостоятельности должен будет принять решение. Кроме того, было указано, что в случае реорганизации или ликвидации функционирующей хозяйственной единицы активы, правовой титул на которые удерживается, будут рассматриваться таким же образом, что и все другие активы, необходимые для проведения успешной реорганизации или ликвидации функционирующей хозяйственной единицы. Далее было подчеркнуто, что проект руководства должен содержать ясные рекомендации, призванные оказывать странам, не располагающим современной системой обеспеченных сделок, содействие в получении преимуществ от более широкого доступа к кредитам по низкой стоимости, а не сосредоточиваться на событиях, происходящих в некоторых странах, которые в любом случае в отношении удержания правового титула носят совершенно разный характер.

50. Другое мнение заключалось в том, что активы, правовой титул на которые удерживается или передается, не должны быть частью имущественной массы. Было указано, что продавец или лицо, передающее активы, не является кредитором, а активы, проданные или переданные в законном порядке должником другому лицу, не должны включаться в состав имущественной массы. Еще одно мнение заключалось в том, что только активы, правовой титул на которые удерживается, не должны быть частью имущественной массы, поскольку передача правового титула для целей создания обеспечения приравнивается к обычным обеспечительным правам в случае несостоятельности даже в тех странах, которые в противном случае рассматривали бы их в качестве способов обеспечения на основании правового титула. Было отмечено, что такой привилегированный статус, предоставляемый кредитам поставщиков, приводит к экономии с точки зрения затрат, поскольку кредиты поставщиков легче получить по более низкой стоимости, чем банковские кредиты, и уравновешивает доминирующее положение финансовых учреждений на рынках кредитов. Кроме того, было указано, что предпочтение, отдаваемое кредитам поставщиков, является политическим решением, которое обусловливается необходимостью поддержки потребительских рынков товаров и услуг. По этим причинам было высказано предположение о том, что удержание правового титула должно обладать приоритетом с момента его предоставления (даже в том случае, если он подлежит регистрации; "суперприоритет").

51. Еще одно мнение заключалось в том, что правовое определение удержания или передачи правового титула в качестве обеспечения или же отсутствия такового не имеет значения в случае несостоятельности до тех пор, пока активы, правовой титул на которые удерживается или передается, или же права должника в таких активах являются частью имущественной массы. Было

указано, что в действительности вопрос заключается не в правовом определении, а в экономических последствиях того, считается ли удержание правового титула для целей публичности и несостоятельности способом создания обеспечения. В ответ, однако, было отмечено, что правовое определение имеет значение, поскольку если удержание правового титула приравнивается к обеспечительному праву и активы, правовой титул на которые удерживается, являются частью имущественной массы, то управляющий в деле о несостоятельности может удерживать их без обязательства выплаты остатка цены, даже хотя он не расторг договор. Только в том случае, когда удержание правового титула считается способом создания обеспечения на основе правового титула, активы, правовой титул на которые удерживается, не будут входить в состав имущественной массы и в результате этого управляющий в деле о несостоятельности будет обязан выплатить остаток цены до производства любого платежа другим обеспеченным кредиторам, с тем чтобы сохранять эти активы в составе имущественной массы.

52. Рабочая группа отметила, что широкое определение "активов" ("имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, независимо от того, находится ли оно во владении должника, является ли материальным или нематериальным, движимым или недвижимым, в том числе интересы должника в активах, обремененных обеспечительным правом, или в активах, принадлежащих третьей стороне") должно быть рассмотрено Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности). В результате были внесены следующие предложения: второе предложение текста пункта 10 следует пересмотреть таким образом, чтобы в нем отразить то обстоятельство, что все активы или права должника в отношении этих активов являются частью имущественной массы независимо от правового определения основной сделки; пункт 11 должен предусматривать, что передача активов должником кредитору будет объектом действий по расторжению сделок; пункт 12 должен предусматривать, что если удержание правового титула приравнивается к обеспечительному праву, то активы, являющиеся объектом соглашений об удержании правового титула, будут входить в состав имущественной массы; пункт 17 должен предусматривать, что поступления от обремененных активов будут частью имущественной массы, обремененной обеспечительным правом, и что активы, приобретенные после создания обеспечительного права, не будут объектом такого обеспечительного права, если только они не представляют собой поступления от обремененных активов.

53. В ответ на соответствующий вопрос было отмечено, что предлагаемое определение "активов" не означает изменения в позиции, занятой в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности и заключающейся в том, что, хотя активы третьей стороны не являются частью имущественной массы, интересы должника в таких активах входят в состав имущественной массы. Рабочая группа решила, что любое изменение текста этого раздела должно соответствовать этому основополагающему решению.

54. В ходе обсуждения были внесены несколько предложений. Одно из предложений заключалось в том, что пункт 7 следует пересмотреть, с тем чтобы он прямо предусматривал, что обремененные активы являются частью имущественной массы. Было также предложено привести в пункте 7 примеры ситуаций, в которых активы лица, предоставившего обеспечение и являющегося третьей стороной, могут находиться во владении должника. Другое предложение заключалось в том, что в пункте 10 следует сделать ссылку не только на договорные, но и на вещные права должника в отношении обремененных активов. Еще одно предложение заключалось в том, что содержащаяся в пункте 11 ссылка на "цену" должна быть заменена ссылкой на "платеж или иное исполнение должником". И еще одно предложение заключалось в том, что пункты 14 и 15 следует дополнить изложением оснований, оправдывающих

использование одного или другого подхода к решению вопроса об остатке, образующемся после производства платежа продавцу. Далее, еще одно из предложений предусматривало обсуждение также вопроса о том, кто несет риски какого-либо неисполнения. Кроме того, еще одно предложение заключалось в том, что пункт 16 следует пересмотреть, с тем чтобы он предусматривал, что стоимость активов, возможно, придется определять в различные моменты времени в ходе производства по делу о несостоятельности в зависимости от цели такой оценки (например, обеспеченный кредитор может добиваться освобождения от действия моратория, поскольку стоимость обеспечительного права превышает стоимость актива).

55. После обсуждения Секретариату было предложено пересмотреть текст данного раздела, с тем чтобы учесть высказанные мнения и внесенные предложения, а также согласовать этот раздел с соответствующими разделами проекта руководства по вопросам законодательства о несостоятельности.

D. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав (пункты 20–27)

56. Рабочая группа отметила, что в соответствии с подходом, используемым в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, мораторий применяется ко всем кредиторам, включая обеспеченных кредиторов, и собственникам активов, в которых должник имеет интерес (например, к держателям правового титула). Было предложено пересмотреть третье предложение текста пункта 22, с тем чтобы отразить этот подход. Было также предложено согласовать текст пункта 27 с соответствующими рекомендациями, содержащимися в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности (35(b) – освобождение от действия мер, применимых при открытии производства, и 43 – обременительные активы). Кроме того, было отмечено, что задержка в отчуждении активов управляющим в деле о несостоятельности, упоминаемая в тексте пункта 25, не входит в число оснований для отмены моратория, которые изложены в рекомендации 35(b).

E. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности (пункты 28–29)

57. Было отмечено, что проект руководства по вопросам законодательства о несостоятельности предоставляет обеспеченным кредиторам право в полной мере участвовать в производстве по делу о несостоятельности. В связи с этим было высказано предположение о том, что после указания на это обстоятельство можно было бы включить перекрестную ссылку на соответствующий раздел проекта руководства по вопросам законодательства о несостоятельности и исключить остальной текст из пунктов 28 и 29. Хотя было решено, что пункт 29, отражающий понятия, которые являются общепризнанными в современном праве, можно было бы исключить, был поставлен вопрос в отношении целесообразности исключения пункта 28, который отражает некоторые идеи, касающиеся участия обеспеченных кредиторов в работе комитетов кредиторов. В ответ было отмечено, что в соответствии с подходом, использующимся в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, обеспеченные кредиторы будут участвовать в работе комитетов обеспеченных кредиторов. Было подчеркнуто, что можно было бы с пользой для дела сослаться на этот момент в новом тексте, который заменит текст пунктов 28 и 29.

58. Было также высказано предположение о том, что общее положение о полном участии обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности можно было бы с пользой для дела дополнить положением,

согласно которому вопрос о том, будет ли обеспеченный кредитор участвовать в качестве обеспеченного или необеспеченного кредитора, будет зависеть от того, превышает ли сумма обеспеченного обязательства стоимость обремененных активов.

F. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок (пункты 30–32)

59. Рабочая группа отметила, что вопрос о действиях по расторжению обеспеченных сделок в ходе производства по делу о несостоятельности детально рассматривается в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, и решила, что пункты 30–32 должны содержать перекрестную ссылку на соответствующий раздел вышеуказанного проекта руководства и соответствовать ему.

60. Было указано, что непринятие кредитором мер, необходимых для обеспечения действительности обеспечительного права по отношению к третьим сторонам (называемых в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности "формализацией"), является основанием для расторжения обеспеченной сделки, которое должно быть рассмотрено в проекте руководства. Было отмечено, что этот вопрос затрагивается в главах проекта руководства о публичности и приоритете.

61. Была выражена озабоченность по поводу того, что содержащаяся в пункте 31 ссылка на "передачу", возможно, не является достаточно ясной. Для снятия этой озабоченности было предложено сделать ссылку на понятия, используемые в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, такие как создание или "формализация" обеспечительного права в течение "подозрительного" периода. Другое предложение предусматривало всего лишь включение ссылки на "обеспеченные сделки".

62. В ходе обсуждения было высказано предположение о том, что в этом разделе можно было бы учесть ситуации, когда обеспечительное право предоставляется одной компанией другой компании, входящей в эту же группу. Было также высказано предположение о том, что пункты 30–32 должны подчеркивать необходимость в установлении коротких "подозрительного" периода и срока давности, в частности, по отношению к сделкам, которые не являлись мошенническими, но всего лишь были заключены в течение "подозрительного" периода. Отметив, что первый вопрос урегулирован положениями иного законодательства, чем законодательство об обеспеченных сделках, и что второй вопрос затрагивается в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, Рабочая группа решила их не рассматривать.

G. Относительный приоритет обеспечительных прав (пункты 33–35)

63. Рабочая группа решила, что, как указывается и в пункте 33 и в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, законодательство о несостоятельности должно обеспечивать соблюдение приоритета обеспечительных прав, существовавшего до открытия производства. Было также решено, что любые исключения из этого принципа должны носить ограниченный характер и, если они будут установлены, должны быть изложены транспарентным и предсказуемым образом.

64. В отношении примеров, изложенных в пункте 34, были высказаны различные мнения. Одно из мнений заключалось в том, что данные примеры

следует исключить, с тем чтобы не подразумевалось какое-либо возможное одобрение таких привилегий (или "суперприоритетов"). Было указано, что экономический эффект таких привилегий заключается в снижении стоимости, которой могут располагать обеспеченные кредиторы, и тем самым в уменьшении суммы имеющихся кредитов и увеличении затрат. Было также отмечено, что такой результат не согласуется с ключевыми целями проекта руководства.

65. Другое мнение заключалось в том, что, хотя исключения такого рода не будут рекомендоваться, эти примеры необходимо сохранить. Было отмечено, что такой подход мог бы увеличить полезность и авторитетность проекта руководства, которому может быть причинен ущерб в результате отсутствия каких-либо положений по вопросу, широко обсуждаемому в кругах специалистов и затрагиваемому даже в современном законодательстве о несостоятельности. Рабочая группа с интересом отметила то обстоятельство, что положение, аналогичное пункту 34, содержится в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, пункт 424). В ответ было указано, что в случае сохранения этих примеров данный текст должен содержать ясное положение о потенциально вредных последствиях таких исключений для наличия и стоимости кредитов.

66. Еще одно мнение заключалось в том, что в проекте руководства необходимо рассмотреть этот вопрос и изложить преимущества и недостатки таких привилегий, а в целом оставить это решение на усмотрение законодателя. Было отмечено, что путем изложения данного основополагающего вопроса, возможных подходов и их относительных преимуществ и недостатков будет обеспечена большая эффективность проекта руководства в достижении своей цели предоставления законодателям соответствующих ориентиров и расширения наличия кредитов по низкой стоимости. Кроме того, было указано, что в некоторых странах такие исключения могут быть необходимыми в результате действия даже положений конституционного права. Было также отмечено, что в тех странах, в которых не допускается возможность создания обеспечения во всей совокупности активов должника, ограничение стоимости обеспечения определенной процентной долей активов должника или сохранение процентной доли активов должника для необеспеченных кредиторов в случае несостоятельности ("огораживание"), возможно, является для этих стран единственным путем признания возможности создания обеспечения во всех активах. В связи с этим и с учетом итогов обсуждения Рабочей группой вопросов, касающихся залога предприятия и "плавающего" обременения (см. пункты 16–22 выше), было высказано предположение о том, что "огораживание" может ограничиваться видами обеспечения, создаваемого во всех активах (и, возможно, "недобровольными" кредиторами в результате деликтных исков).

67. В ходе обсуждения было высказано предположение о том, что пункт 33 можно было бы с пользой для дела дополнить ссылкой на необходимость того, чтобы законодательство о несостоятельности обеспечивало соблюдение соглашений о субординации, заключенных до открытия производства. Отметив, что данный вопрос рассматривается Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности), Рабочая группа решила, что следует обеспечить координацию усилий данных двух рабочих групп в отношении этого вопроса.

68. Были также внесены несколько предложений редакционного характера: заменить в предпоследнем предложении текста пункта 33 слово "размер" словом "охват" или словом "объем"; добавить в последнем предложении текста после слова "установлены" слова "в таком законодательстве, как трудовое или налоговое законодательство" и исключить остальную часть нынешнего текста; добавить к тексту пункта 33 четвертое предложение со ссылкой на экономическое воздействие привилегий на наличие и стоимость кредитов;

заменить в тексте пункта 35 слова "в силу того, что" словами "в той мере, в какой".

69. После обсуждения Секретариату было предложено пересмотреть текст этого раздела с учетом высказанных различных мнений и обеспечить определенную сбалансированность нынешнего текста, принимая во внимание цель проекта руководства, заключающуюся в расширении наличия обеспеченных кредитов, в частности в развивающихся странах.

H. Финансирование после открытия производства (пункты 36–41)

70. Было высказано предположение о том, что слово "состоятельный" можно было бы исключить из предпоследнего предложения текста пункта 41 во избежание создания впечатления о том, что нецелесообразно предоставлять кредиты несостоятельному должнику. В иных отношениях Рабочая группа выразила удовлетворение нынешними формулировками этого раздела.

I. Реорганизационная процедура (пункты 42–47)

71. Были внесены несколько предложений. Одно из предложений предусматривало исключение пункта 44, поскольку он не согласуется с позицией, занятой Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) и заключающейся в том, что обеспеченные кредиторы должны участвовать в производстве по делу о несостоятельности. Другое предложение предусматривало пересмотр первого предложения текста пункта 45 с целью указать на то, что произойдет в том случае, если обеспеченный кредитор не согласился с планом реорганизации. Еще одно предложение предусматривало включение в конце текста пункта 46 следующей формулировки: "Возможно, было бы также целесообразным создать для обеспеченного кредитора в связи с обеспеченным обязательством такие условия, какие соответствовали бы условиям, сложившимся на открытом рынке".

J. Ускоренная реорганизационная процедура (пункты 48–51)

72. Рабочая группа решила, что этот раздел следует согласовать с соответствующими положениями проекта руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, одна из основных черт которого заключается в том, что ускоренная реорганизационная процедура представляет собой формальное производство.

K. Резюме и рекомендации (пункты 52–59)

73. Было решено, что текст пункта 52 следует пересмотреть, с тем чтобы разъяснить, что в том случае, когда удержание правового титула считается обеспечительным правом, активы, к которым относится такое удержание, являются частью имущественной массы; в том случае, когда удержание правового титула считается способом, не создающим обеспечения, активы, к которым относится такое удержание, не являются частью имущественной массы; и что активы, имеющие отношение к передаче правового титула для целей обеспечения, являются частью имущественной массы, поскольку такая передача приравнивается к одному из способов создания обеспечения. Было решено, что вопрос о статусе удержания правового титула при и вне несостоятельности не был урегулирован и остается открытым. Кроме того, было решено, что в

соответствии с проектом руководства по вопросам законодательства о несостоятельности пункт 54 должен содержать ссылку на принцип "полного" участия обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности. Далее было решено, что для обеспечения необходимой гибкости сторонам, стремящимся разработать план реорганизации, выражение "если только обеспеченный кредитор не соглашается иным образом" следует добавить в начало второго предложения текста пункта 58. Было также решено, что некоторое изменение текста пункта 59 является необходимым с учетом предложений о пересмотре текста пунктов 48–51 и что измененное положение могло бы основываться на незначительно измененной формулировке пункта 51. Рабочая группа выразила удовлетворение в связи с нынешними формулировками пунктов 53 и 55–57.

74. Завершая свою работу по главе IX, Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой подготовить пересмотренный вариант текста этой главы с учетом высказанных мнений и внесенных предложений.

L. Взаимосвязь между двумя руководствами

75. Рабочая группа перешла к обсуждению вопроса о взаимосвязи между рассматриваемым проектом руководства и проектом руководства по законодательству о несостоятельности. Уже в начале обсуждения было выражено согласие с тем, что оба руководства должны быть согласованы. Относительно возможных путей достижения этой цели были высказаны различные мнения.

76. Одно из них состояло в том, что в главе, посвященной несостоятельности, должно быть проведено всестороннее обсуждение соответствующих вопросов, приведена обширная информация о возможных подходах и их относительных преимуществах и недостатках при включении, для иллюстрации соответствующих моментов, необходимых примеров, а также должна устанавливаться надлежащие рекомендации даже в тех случаях, когда соответствующие вопросы подробно рассматриваются в проекте руководства по законодательству о несостоятельности. Было указано, что эта глава по своему характеру является уникальным текстом, возможно наиболее важным разделом в проекте руководства, и что ее можно использовать отдельно от проекта руководства по законодательству о несостоятельности. Было также отмечено, что необходимо создать возможности для самостоятельного использования этой главы, с тем чтобы предоставить действенные рекомендации в распоряжение, в частности, тех стран, в которых органы, ответственные за проведение реформ в области правового регулирования обеспеченных сделок и в области законодательства о несостоятельности, являются разными. Было также указано, что рассматриваемый проект руководства является именно тем документом, в котором может быть обращено пристальное внимание на важность доступности обеспеченных кредитов, а этот момент не может быть должным образом подчеркнут в проекте руководства по законодательству о несостоятельности.

77. Другое мнение состояло в том, что глава о несостоятельности должна быть изложена в кратчайшей возможной редакции. Было отмечено, что краткость текста не нанесет ущерба ясности, если будут включены надлежащие ссылки на соответствующие части проекта руководства по законодательству о несостоятельности. Было также указано, что подготовка более краткого текста отвечает интересам избежания разночтений или, в лучшем случае, простого повторения рекомендаций в двух руководствах. Кроме того, было указано, что расширение главы, посвященной несостоятельности, в частности на рассмотрение вопросов, уже обсуждаемых подробно в проекте руководства по процедурам несостоятельности, может непреднамеренно привести к приданию

чрезмерно большого значения статусу обеспеченных кредиторов и нанесет ущерб достижению общей цели выработки сбалансированного и действенного подхода, который позволит предоставить в распоряжение государств всесторонние и последовательные рекомендации.

78. После обсуждения было достигнуто согласие о том, что в главу, посвященную несостоятельности, может быть включено полномасштабное обсуждение соответствующих вопросов при том условии, что оно будет согласовано с их рассмотрением, проводимым в проекте руководства по законодательству о несостоятельности. Было также принято решение о том, что в данной главе следует подчеркнуть важность обеспеченного кредита и что оба руководства должны читаться вместе.

M. Координация с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности)

79. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению вопроса о координации с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности). Было отмечено, что, как ожидается, Рабочая группа V завершит свою работу на следующей сессии (Нью–Йорк, 22–26 марта 2004 года) и представит проект руководства по вопросам законодательства о несостоятельности Комиссии на ее тридцать седьмой сессии (Нью–Йорк, 14 июня – 2 июля 2004 года) (см. пункт 121 ниже).

80. С учетом срочности и важности координации деятельности Рабочая группа пришла к согласию о необходимости проведения еще одной совместной сессии двух рабочих групп. Кроме того, было решено, что эта совместная сессия может быть проведена в связи с пятой сессией Рабочей группы (Нью–Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года). Было также выражено согласие с тем, что цель этой совместной сессии, продолжительность которой может составить полтора дня (29 и 30 марта 2004 года), будет заключаться в обсуждении нерешенных вопросов и, насколько это необходимо, доработке текста в тех местах, в которых в обоих руководствах рассматриваются одни и те же проблемы. В этой связи было отмечено, что важность внутренней координации работы делегаций в двух рабочих группах переоценить невозможно.

81. Что касается вопросов, которые еще не урегулированы и обсуждение которых необходимо провести, то был высказан ряд предложений, включая следующие: вопрос о режиме удержания правового титула (и, возможно, передачи титула, условной продажи и финансовой аренды) и соглашения о субординации при несостоятельности; вопрос о суперприоритетах, в частности, в отношении обеспечения во всех активах должника; вопрос о защите стоимости обеспечительного права, включая вопросы о моменте времени и способе определения экономической стоимости обеспечительного права; вопрос о продолжительности "подозрительного" периода, позволяющего избегать преференциальной передачи; и вопрос о продолжительности периода, в течение которого управляющий в деле о несостоятельности может предпринять действия по расторжению сделок в отношении какой-либо обеспеченной сделки.

82. Что касается общих разделов в обоих руководствах, то было отмечено, что вопросы, связанные с обеспечением, рассматриваются в различных частях проекта руководства по законодательству о несостоятельности, в том числе в следующих разделах: глава II. Режим активов при открытии производства (A.2(b), обремененные активы; A.2(c), активы, принадлежащие третьим сторонам; B.3(c), сфера применения моратория – обеспеченные кредиторы; B.6, срок применения моратория; B.8, защита обеспеченных кредиторов; B.9, ограничения на распоряжение активами должника; C.2, использование активов, обремененных обеспечением, и распоряжение ими; C.3, активы, принадлежащие третьим сторонам; C.4, режим поступлений наличности; D.3(a), (b), приоритет и

обеспечение применительно к финансированию после открытия производства; E. режим контрактов; и F.3(d), вопросы расторжения применительно к обеспечительным интересам); глава III. Должник, управляющий в деле о несостоятельности и кредиторы (C.2(f), обеспеченные кредиторы – участие в производстве по делу о несостоятельности); глава IV. План реорганизации (A.5(b), утверждение обеспеченными кредиторами); глава V. Ведение производства (A.2(a), кредиторы, которые должны представлять требования); глава VI. Приоритеты (C.1(a), обеспечительные интересы).

83. После обсуждения Секретариату было предложено подготовить, с учетом внесенных предложений, список вопросов для обсуждения на совместной сессии.

Глава I. Введение (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)

A. Цель и сфера применения Руководства (пункты 1–13)

84. Рабочая группа рассмотрела сферу применения проекта руководства. Было решено, что в принципе все виды активов могут быть объектом обеспечительного права и могут быть включены в сферу применения проекта руководства, если только они не были прямо исключены из нее. Упоминались следующие примеры прямых исключений: ценные бумаги; суда и летательные аппараты (по меньшей мере для целей регистрации и приоритета); и активы, охватываемые некоторыми конвенциями. Однако в качестве практического вопроса было решено, что проект руководства должен быть направлен главным образом на ключевые коммерческие активы, такие как товары, включая инвентарные запасы и оборудование, и торговая дебиторская задолженность, тогда как вопрос о целесообразности включения в проект руководства таких активов, как простые векселя, чеки, аккредитивы, депозитные счета и интеллектуальная и промышленная собственность, можно было бы изучить.

85. В частности, был выражен интерес к правам в интеллектуальной и промышленной собственности с учетом их экономического значения и того обстоятельства, что они являются частью сделок, в связи с которыми обеспечение создается во всей совокупности активов должника и обеспечение создается в оборудовании. В то же время было высказано предостережение с учетом сложного характера сопряженных с этим вопросов. В любом случае было решено, что любые усилия в этой области права следует предпринимать в координации с соответствующими организациями, например Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС).

86. В ходе обсуждения была выражена заинтересованность в установлении режима, который способствовал бы трансграничному признанию обеспечительных прав. Было указано, что можно было бы изучить так называемое "правило страны нахождения" с целью определения того, можно ли найти решение проблемы непризнания обеспечительных прав в том случае, когда обремененные активы пересекают государственные границы. Хотя это заявление было воспринято с интересом, было отмечено, что сделки по финансированию сопряжены со многими сложными аспектами, которые не могут быть устранены путем использования подхода, основывающегося исключительно на коллизионных нормах. Было также указано, что вопрос о трансграничном признании урегулирован в главе X (Коллизия норм права), которая также включает более общие нормы о выборе права.

87. В отношении формулировок различных пунктов были внесены несколько предложений. Одно из предложений заключалось в том, чтобы исключить из текста пункта 8 ссылку на недвижимое имущество во избежание создания

впечатления о том, что режим, предусматриваемый в проекте руководства, предназначается для вмешательства в область норм права, касающихся недвижимого имущества, и в реестры недвижимого имущества. Упоминалось ранее высказанное мнение Рабочей группы (см. пункт 20 выше), согласно которому проект руководства касается только движимого имущества, хотя это не препятствует какому-либо государству допускать, чтобы действие обеспечительного права в форме залога предприятия распространялось на недвижимое имущество. Другое предложение заключалось в том, что пункт 11 следует взять в квадратные скобки и отложить всестороннее рассмотрение этого текста до тех пор, пока не будут полностью решены соответствующие вопросы Рабочей группой. Еще одно предложение предусматривало включение в текст пункта 13 ссылки на Единообразный закон ОУКПА, касающийся ценных бумаг.

B. Терминология (пункт 14)

Обеспечительное право

88. Было решено, что квадратные скобки, в которые взяты слова "постоянные принадлежности", следует снять. Было также решено, что прямая ссылка на "приложения" имущества не является необходимой, поскольку такие приложения охватываются ссылкой на "движимое имущество". Было также высказано предположение о том, что ссылку на права in rem можно было бы заменить более общей формулировкой, касающейся последствий обеспечительного права erga omnes. Кроме того, было высказано предположение о том, что виды активов, в которых может быть создано обеспечение, можно было бы ограничить коммерческими или корпоративными активами. Против этого предположения было высказано возражение, в частности, с учетом широкого подхода, используемого Рабочей группой по отношению к этому вопросу (см. пункт 37 выше).

Лицо, передающее право

89. Было решено исключить ссылку на право собственности или право владения активами, принадлежащее лицу, передающему право ("свои активы"). Было также решено, что термин "лицо" является достаточным для охвата и физических, и юридических лиц.

Материальное имущество

90. Было высказано предположение о том, что определение "материального имущества" является тавтологическим и его следует пересмотреть.

Постоянные принадлежности

91. Было предложено сделать ссылку на недвижимое имущество, "к которому приложены постоянные принадлежности".

Поступления

92. Было решено пересмотреть это определение следующим образом: "Термин "поступления" означает все, что получено в отношении обремененных активов. "Поступления" включают доходы от обремененных активов". Было указано, что в таком случае будут охватываться "недобровольные" поступления (например, страховые поступления) и что можно будет применять одни и те же правила и к поступлениям, и к доходам. Упоминалась также возможность включения отдельных определений понятий "доходы" и "поступления". Было также указано, что отличие от определения "поступлений", содержащегося в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, обусловливается иным контекстом и тем обстоятельством, что Конвенция охватывает также случаи прямой передачи.

Приоритет

93. Было разъяснено, что определение термина "приоритет" отличается от определения этого термина, содержащегося в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, поскольку контекст Конвенции является иным и это определение служит иной цели (передача ряда вопросов, касающихся приоритета, для решения на основании применимого права).

Посессорное обеспечительное право

94. Предложение включить ссылку на "контроль", как на способ осуществления владения нематериальными активами, встретило возражения. Было указано, что ссылка на владение, осуществляемое представителем, является достаточной. Было также указано, что до внесения каких-либо изменений необходимо проверить порядок использования и значение терминов "владение" и "контроль" в тексте проекта руководства.

Производство по делу о несостоятельности/управляющий в деле о несостоятельности

95. Секретариату было предложено согласовать определения терминов "производство по делу о несостоятельности" и "управляющий в деле о несостоятельности" с соответствующими определениями, содержащимися в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности.

Новые определения

96. Было предложено добавить определения терминов "покупная сумма", "обеспечительное право", "должник по счету" и "покупатель в ходе обычной предпринимательской деятельности". Из-за нехватки времени это предложение не обсуждалось.

C. Примеры видов практики финансирования, которые следует охватить в Руководстве (пункты 15–26)

97. По общему мнению членов Рабочей группы, приведенные примеры являются и хорошо отобранными, и хорошо изложенными. Было также достигнуто согласие в том, что ограничение их числа и детализации вызывает опасение, и по этой причине в целом проявлялось нежелание вносить значительные изменения в нынешний текст.

98. В связи с пунктами 17 и 19 было предложено сделать в них ссылку на финансирование покупной суммы, понятие которой должно быть определено, а не на удержание правового титула. Было также предложено приравнять удержание правового титула к обеспечительному праву. Против этого предложения были высказаны возражения (см. пункт 107). Было указано, что во многих странах удержание правового титула не считается способом создания обеспечения и таким образом, по крайней мере для этих стран, удержание правового титула не охватывается нынешним определением "обеспечительного права", содержащимся в проекте руководства. В связи с этим было высказано предположение о том, что удержание правового титула необходимо либо исключить из сферы применения проекта руководства полностью, либо включить его в эту сферу и распространить на него действие специальных правил.

99. В отношении пункта 20 были внесены следующие предложения: включить ссылку на финансовую аренду; включить ссылку на возможность (а не на требование) приобретения объекта аренды арендатором; включить ссылку на депозитные счета следующего содержания: ""Агрико" имеет банковский счет у ссудодателя A, предоставленная которым ссуда позволила "Агрико" выплатить

покупную цену за колеса. Ссудодатель A принимает обеспечительное право в отношении этого банковского счета, с тем чтобы гарантировать возвращение ссуды". В отношении пункта 23 было предложено пересмотреть его текст для включения ссылки на инвентарные запасы и дебиторскую задолженность, которые являются приемлемыми в качестве обеспечения.

Глава II. Ключевые цели эффективного и действенного режима обеспеченных сделок (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 27–36)

100. В отношении пункта 27 было указано, что он отражает общую цель данного проекта и вследствие этого должен подвергнуться дальнейшей разработке, с тем чтобы рассмотреть экономическое воздействие законодательства об обеспеченных сделках. Было указано, что проект руководства не должен быть трактатом по сравнительному правоведению, но должен включать анализ и рекомендации, которые могли бы способствовать получению доступа к кредитным рынкам, особенно в развивающихся странах. Хотя было решено, что экономическое воздействие того или иного подхода, используемого в проекте руководства, является важным соображением, было указано, что экономические результаты принятия любого законодательства трудно определить и что в любом случае они зависят также от соответствующей инфраструктуры, в том числе от судебной системы и механизмов обеспечения соблюдения законодательства, причем, как утверждалось, этот аспект убедительно изложен в пункте 2 данной главы.

101. Что касается пункта 28, то было предложено включить в него ссылку на будущие и возможные обязательства (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункт 9). В связи с пунктом 30 было предложено пересмотреть его текст с целью разъяснить, что число обязательных положений законодательства следует сохранять на минимальном уровне, с тем чтобы предусмотреть автономию сторон. Было также предложено включить ссылку на то обстоятельство, что проект руководства не будет отменять положения законодательства о защите потребителей; напротив, он будет включать положения о защите потребителей.

102. В отношении последнего предложения текста пункта 35 было отмечено, что его следует пересмотреть, с тем чтобы разъяснить, что необходимо создать возможность для выполнения обеспечительным правом своей основной функции оказания обеспеченному кредитору содействия в возвращении по крайней мере части суммы его требования в ходе производства по делу о несостоятельности. Хотя это предложение получило некоторую поддержку, было подчеркнуто, что данный аспект следует изложить таким образом, чтобы это соответствовало результатам деятельности Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и учитывало соображения, касающиеся, в частности, реорганизации.

Глава VII. Приоритет (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)

A. Введение (пункты 1–5)

103. Было указано, что во введении достаточным образом подчеркивается экономическое значение понятия приоритета, но в нем необходимо также дать дополнительные разъяснения в отношении рекомендуемых правил и увязать их с ключевыми целями проекта руководства. Было также отмечено, что понятие приоритета должно быть определено с точки зрения практики, с тем чтобы оно

способствовало конкуренции между лицами, предоставляющими кредиты, и позволяло избегать их дискриминации.

104. Кроме того, было предложено включить в пункты 2 и 4 ссылку на содержащуюся в пункте 89 рекомендацию, касающуюся изменения приоритета по соглашению. В качестве вопроса редакционного характера было высказано предположение о том, что введение должно помогать читателю в ознакомлении с положениями этой главы посредством перекрестных ссылок на последующие разделы.

B. Правила приоритета (пункты 6–14)

105. В отношении положения пункта 10, касающегося льготных периодов, было предложено пересмотреть его текст с целью разъяснить, что такие периоды должны учитываться только в том случае, если регистрация не может быть произведена до заключения соглашения об обеспечении или распределения средств. Было также предложено исключить последний пример, изложенный в пункте 10, поскольку при применении правила первой регистрации момент создания обеспечения не имеет значения, а данный пример предопределяет решение вопроса о моменте вступления в силу регистрации, затрагиваемого в главе V (Публичность и регистрация).

106. В связи с пунктом 12 было высказано предположение о том, что до тех пор, пока Рабочая группа не будет в состоянии согласовать основные правила, применимые к обеспечительным правам в ключевых коммерческих активах, ссылка на понятие контроля без изложения контекста создает излишние сложности и вследствие этого ее следует исключить. Против этого предположения были высказаны возражения. В отношении пункта 13 было предложено заменить ссылку на понятие "формализации" ссылкой на публичность. Было также высказано предположение о том, что в этом пункте необходимо разъяснить причины, по которым владение превосходит регистрацию.

C. Альтернативные правила приоритета (пункты 15–17)

107. В отношении пункта 17 одно из мнений заключалось в том, что в нем содержится несбалансированное положение, касающееся удержания правового титула. В поддержку этого мнения было указано, что то обстоятельство, что не существует какой-либо одной модели удержания правового титула, не означает, что оно является неэффективным способом создания обеспечения; что удержание правового титула не препятствует конкуренции и является не более, а скорее менее дорогостоящим по сравнению с другими сделками аналогичного характера; что странам, в частности развивающимся странам, нелегко создать систему регистрации; что пункт 17 основывается на нереалистичном предположении о существовании закрытых национальных рынков и в нем игнорируются трудности, сопряженные с регистрацией в стране продавца (проблема транспарентности) или в стране покупателя (затраты продавца). Другое мнение, изложенное кратко из-за отсутствия достаточного времени, заключалось в том, что положения пункта 17 являются надлежащим образом сбалансированными. Было указано, что транспарентность, предсказуемость и определенность являются критериями, на основании которых необходимо опробовать различные подходы.

D. Необеспеченные кредиторы (пункты 19–20)

108. В отношении пункта 20 было предложено включить в него ссылку на проблему резервирования определенной процентной доли активов должника для выплаты задолженности, причитающейся необеспеченным кредиторам. Было отмечено, что следовало бы также рассмотреть преимущества и недостатки такого подхода. В ответ было указано, что этот вопрос рассматривается в главе IX (Несостоятельность) и что по этой причине будет достаточно перекрестной ссылки. Было также предложено объединить пункты 19 и 20 с положениями, касающимися привилегий и несостоятельности. В ответ было подчеркнуто, что пункты 19 и 20 призваны указать прежде всего на то, что обеспеченные кредиторы превалируют над необеспеченными кредиторами, и что в них были включены соответствующие перекрестные ссылки на логически вытекающие из этого положения о привилегиях и несостоятельности. Было также отмечено, что приоритет обеспеченных кредиторов представляет собой ключевой принцип проекта руководства и что пункт 20 необходимо пересмотреть, с тем чтобы прямо указать на это.

E. Обеспечительные права в отношении покупной суммы (пункты 21–29)

109. Рабочая группа выразила удовлетворение понятием обеспечительных прав в отношении покупной суммы и их нынешним описанием в пунктах 21–29. Было отмечено, что обеспечительные права в отношении покупной суммы являются обеспечительными правами во всех отношениях, за исключением любого суперприоритета, которым они могли бы защищаться по соображениям публичного порядка. Было также отмечено, что такие права выполняют ту же экономическую функцию, что и удержание правового титула и обусловленная купля–продажа, а степень, в которой они должны защищаться, представляет собой вопрос политики. Было указано, что если таким правам необходимо предоставить приоритет с момента их создания ("суперприоритет"), то третьи стороны должны располагать объективным средством установления факта их существования.

110. Рабочая группа решила, что такое право должно предоставляться не только продавцам, но и другим кредиторам, которые обеспечивают финансирование покупной суммы (например, финансовым учреждениям). Согласно широко распространенному мнению в странах с системой удержания правового титула такой же результат достигается уступкой требования продавца финансовому учреждению, которое имеет своим результатом передачу права на удержание правового титула финансовому учреждению.

111. В ответ на соответствующий вопрос было указано, что в редко встречающейся ситуации, когда финансовое учреждение и поставщик финансировали приобретение одних и тех же активов покупателем, законодатель должен будет принять политическое решение в отношении того, должны ли они получить долевые платежи или же приоритет следует предоставить поставщику.

112. В отношении уведомления, рассматриваемого в пункте 28, было указано, что им может быть возобновляемое разовое уведомление и что во избежание двойного финансирования следует установить требование о его направлении до поставки товаров должнику.

113. В ходе обсуждения было высказано предположение о том, что держатель обеспечительного права в отношении покупной суммы не должен нести ответственность за нарушение обещания, данного должником какой-либо третьей стороне, о том, что обеспечительное право не будет предоставлено в активах ("соглашение о негативном обещании"). Было указано, что эта идея

отражена в статьях 9(1) и 18(3) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

114. После обсуждения Рабочая группа решила, что основной упор в целом, но в частности в связи с этим вопросом, следует сделать на экономические результаты, а не на методы, используемые для достижения этих результатов или же любые используемые наименования. Было также решено, что пункт 17 следует пересмотреть, с тем чтобы он отражал такое понимание.

F. Требования о возвращении (пункты 30–33)

115. Было отмечено, что требования о возвращении были упомянуты для обеспечения того, чтобы правила о приоритете, рекомендуемые в проекте руководства, охватывали все возможные случаи коллизии и тем самым усиливали бы определенность в отношении прав конкурирующих заявителей требований.

116. В ответ на соответствующий вопрос было указано, что право требования о возвращении было предоставлено законом продавцу, когда продавец не приобрел обеспечительное право и не удерживал правовой титул. Было также отмечено, что практическое применение таких требований носит ограниченный характер, поскольку на них распространяется действие временных ограничений (например, десять дней после передачи) и они, как правило, отграничиваются от последующей передачи соответствующих товаров первоначальным покупателем последующему покупателю. Что касается статуса требований о возвращении в ходе производства по делу о несостоятельности, то, как было указано, в некоторых системах они не могут быть выдвинуты в отношении управляющего в деле о несостоятельности, тогда как в других системах они могут быть выдвинуты таким же образом, что и обеспечительные права. Было решено, что этот вопрос должен быть урегулирован в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности.

G. Покупатели обремененных активов (пункты 34–41)

117. Секретариату было предложено согласовать определение термина "инвентарные запасы" с материалом, изложенным в пунктах 34–41, в котором содержится ссылка на обычную предпринимательскую деятельность ("ordinary", а не "usual").

118. В ответ на соответствующий вопрос было указано, что только покупатель в ходе обычной предпринимательской деятельности продавца должен пользоваться защитой, а не последующие покупатели ("последующие приобретатели").

119. Было также предложено разъяснить в пунктах 34–41 то обстоятельство, что покупатель пользуется защитой, если он приобретает обремененные активы в ходе обычной предпринимательской деятельности продавца или если обеспеченный кредитор или продавец, удерживающий правовой титул, санкционировал продажу в ходе обычной предпринимательской деятельности. Было также предложено разъяснить в этих пунктах тот аспект, что в обеих ситуациях обеспеченный кредитор удерживает обеспечительное право в поступлениях от продажи обремененных активов.

120. После обсуждения Секретариату было предложено пересмотреть текст пунктов 1–41 главы VII с учетом высказанных мнений и внесенных предложений.

V. Будущая работа

121. Рабочая группа отметила, что с учетом того обстоятельства, что следующая сессия Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) (Нью–Йорк, 22–26 марта 2004 года) будет последней сессией, посвященной разработке проекта руководства по вопросам законодательства о несостоятельности, было бы целесообразным, чтобы следующая сессия Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) (Нью–Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года) и совместная сессия данных двух рабочих групп предшествовали вышеупомянутой сессии Рабочей группы V. Было решено, что Секретариату следует изучить в консультации с председателями данных двух рабочих групп и делегатами практическую возможность изменения сроков проведения этих сессий рабочих групп V и VI, а также совместной сессии, которая могла бы быть проведена 26 марта 2004 года.

B. Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

(A/CN.9/WG.VI/WP.9 и Add.1-4 и 6-8) [Подлинный текст на английском языке]

(A/CN.9/WG.VI/WP.9)

Исходные замечания

1. На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела доклад Генерального секретаря о возможной будущей работе в области законодательства об обеспеченном кредитовании (A/CN.9/475). На этой сессии Комиссия решила, что обеспечительные интересы являются важной темой, на которую вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом тесной связи обеспечительных интересов с работой Комиссии по законодательству о несостоятельности. Было активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы оказать значительное воздействие на наличие и стоимость кредита и, тем самым, на международную торговлю. Было также активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы устранить неравенство в плане доступа к недорогому кредиту между сторонами в развитых странах и сторонами в развивающихся странах, а также в плане той доли выгоды, которую такие стороны извлекают из международной торговли. Вместе с тем в качестве предостережения было отмечено, что в подобном законодательстве, чтобы оно было приемлемым для государств, должен быть обеспечен надлежащий баланс в статусе привилегированных, обеспеченных и необеспеченных кредиторов. Было также указано, что ввиду расхождений в политике государств было бы целесообразно использовать гибкий подход, направленный на подготовку свода принципов вместе с руководством, а не типового закона. Кроме того, для обеспечения оптимальных выгод от правовой реформы, включая предупреждение финансовых кризисов, уменьшение масштабов нищеты и облегчение финансирования задолженности как движущей силы экономического роста, любые усилия в области обеспечительных интересов должны координироваться с усилиями в области разработки законодательства о несостоятельности[1].

2. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела последующий доклад Секретариата (A/CN.9/496). На этой сессии Комиссия решила строить свою работу с учетом благоприятного экономического воздействия современного законодательства об обеспеченном кредитовании. Было указано, что, как показал опыт, недостатки в этой области могут оказывать серьезное негативное воздействие на экономическую и финансовую систему какой-либо страны. Указывалось также, что наличие эффективной и предсказуемой правовой основы принесет и краткосрочные, и долгосрочные макроэкономические выгоды. В краткосрочном плане, а именно когда страны сталкиваются с кризисом своего финансового сектора, эффективная и предсказуемая правовая основа является необходимой, особенно, с точки зрения обеспечения удовлетворения финансовых требований, чтобы помочь банкам и другим финансовым учреждениям регулировать обеспеченность их требований

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 459.

посредством создания механизмов быстрого удовлетворения таких требований и содействия реструктуризации компаний с помощью инструмента, который создавал бы стимулы для промежуточного финансирования. В долгосрочном плане гибкая и эффективная правовая основа обеспечительных прав могла бы служить полезным средством ускорения экономического роста. И действительно, без доступа к недорогим кредитам нельзя содействовать экономическому росту, конкуренции и международной торговле, что препятствует расширению предприятий для реализации их полного потенциала[2].

3. Хотя была выражена определенная озабоченность в отношении практической возможности проведения работы в области законодательства об обеспеченном кредитовании, Комиссия отметила, что эту озабоченность разделяют далеко не все ее члены, и приступила к рассмотрению вопроса о масштабах такой работы[3]. По мнению значительного числа членов Комиссии, такая работа должна сосредоточиваться на обеспечительных интересах в товарах, являющихся объектом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы. Была также достигнута договоренность о том, что ценные бумаги и интеллектуальную собственность не следует рассматривать в качестве первоочередных вопросов. В отношении ценных бумаг Комиссия отметила интерес, проявляемый к этому вопросу Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП). В отношении интеллектуальной собственности отмечалось, что необходимость проведения работы в этой области стоит менее остро, что эти вопросы очень сложны и что любые усилия по их решению должны предприниматься в координации с такими другими организациями, как Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)[4]. В отношении формы работы Комиссия пришла к мнению о том, что типовой закон может быть слишком жестким, и отметила предложения, касающиеся подготовки свода принципов вместе с руководством для законодательных органов, которое включало бы, где это возможно, типовые законодательные положения[5].

4. После обсуждения Комиссия решила поручить рабочей группе разработку "эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, являющихся объектом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы, для определения вопросов, которые предстоит урегулировать, например вопросов, касающихся формы документа, точного объема активов, которые могут служить в качестве обеспечения…"[6]. Подчеркнув важное значение этого вопроса и необходимость проведения консультаций с представителями соответствующей отрасли и практическими работниками, Комиссия рекомендовала провести в течение двух–трех дней соответствующий коллоквиум[7].

5. На своей первой сессии (Нью–Йорк, 20–24 мая 2002 года) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) рассмотрела подготовленный Секретариатом первый предварительный проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 1–12), доклад международного коллоквиума ЮНСИТРАЛ/АКФ, проведенного в Вене 20–22 марта 2002 года (A/CN.9/WG.VI/WP.3), и замечания Европейского банка реконструкции и развития (A/CN.9/WG.VI/WP.4). На этой сессии Рабочая группа рассмотрела главы I–V и X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 1–5 и 10) и просила Секретариат подготовить пересмотренный вариант этих глав (A/CN.9/512, пункт 12). На этой же сессии Рабочая группа

---

[2] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 351.
[3] Там же, пункты 352–354.
[4] Там же, пункты 354–356.
[5] Там же, пункт 357.
[6] Там же, пункт 358.
[7] Там же, пункт 359.

согласилась с необходимостью обеспечить в сотрудничестве с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности), чтобы вопросы, касающиеся режима обеспечительных прав в рамках производства по делу о несостоятельности, были рассмотрены в соответствии с выводами Рабочей группы V в отношении совпадающих аспектов работы Рабочей группы V и Рабочей группы VI (см. A/CN.9/512, пункт 88, и A/CN.9/511, пункты 126–127).

6. На тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее первой сессии (A/CN.9/512). Комиссия выразила Рабочей группе благодарность за проделанную ею работу. Широкую поддержку получило мнение о том, что благодаря этому руководству для законодательных органов Комиссия получает прекрасную возможность оказать государствам помощь в принятии современного законодательства об обеспеченных сделках, которое, по общему мнению, является обязательным, хотя и недостаточным, условием расширения доступа к недорогостоящему кредиту, что содействовало бы трансграничному движению товаров и услуг, экономическому развитию и в конечном счете установлению дружественных отношений между государствами[8].

7. Кроме того, широкую поддержку получило мнение о том, что эта инициатива Комиссии явилась весьма своевременной как с учетом соответствующих законодательных инициатив, предпринимаемых в настоящее время на национальном и международном уровнях, так и с учетом собственной инициативы Комиссии в области законодательства о несостоятельности. В связи с этим Комиссия с особым удовлетворением отметила усилия, прилагаемые Рабочей группой VI и Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) для координации их работы по вопросам, представляющим взаимный интерес, например по вопросу о режиме обеспечительных интересов в случае производства по делу о несостоятельности. Была выражена решительная поддержка в отношении такой координации, что, по общему мнению, имеет принципиально важное значение для выработки всеобъемлющих и согласованных рекомендаций для государств относительно режима обеспечительных интересов в рамках производства по делу о несостоятельности. Комиссия одобрила предложение пересмотреть посвященную вопросам несостоятельности главу проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам с учетом основных принципов, согласованных рабочими группами V и VI (см. A/CN.9/511, пункты 126–127, и A/CN.9/512, пункт 88). Комиссия подчеркнула, что необходимо продолжать обеспечивать координацию деятельности, и просила Секретариат рассмотреть возможность организации совместной сессии двух рабочих групп в декабре 2002 года[9].

8. После обсуждения Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе на ее тридцать четвертой сессии в отношении разработки эффективного правового режима обеспечительных интересов в товарах, включая инвентарные запасы. Комиссия подтвердила также, что мандат Рабочей группы следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[10].

9. На своей второй сессии (Вена, 17–20 декабря 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы VI, VII и IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 6, 7 и 9) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленные Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/531,

[8] Там же, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/57/17), пункт 202.
[9] Там же, пункт 203.
[10] Там же, пункт 204.

пункт 15). В связи с этой сессией и в соответствии с предложениями, внесенными на первой сессии рабочей группы (см. A/CN.9/512, пункт 65), была проведена неофициальная презентация систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе Новой Зеландии и Норвегии. Непосредственно перед этой сессией Рабочие группы V (законодательство о несостоятельности) и VI (обеспечительные интересы) провели свою первую совместную сессию (Вена, 16–17 декабря 2002 года), в ходе которой был рассмотрен пересмотренный вариант бывшей главы X о несостоятельности (новая глава IX; A/CN.9/WG.VI/ WP.6/Add.5). На этой сессии Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант этой главы (см. A/CN.9/535, пункт 8).

10. На своей третьей сессии (Нью–Йорк, 3–7 марта 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы VIII, XI и XII первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам и главы II и III второго варианта проекта руководства (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/ Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) и просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (A/CN.9/532, пункт 13). В связи с этой сессией была организована неофициальная презентация недавно завершенного закона Словацкой Республики об обеспеченных сделках, который был подготовлен при содействии Всемирного банка и Европейского банка реконструкции и развития.

11. В добавлениях к этому вступительному документу содержатся главы III, V, VI, VII, VIII, IX, X и XI пересмотренного проекта руководства: глава III (основные подходы к обеспечению): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, глава V (публичность через регистрацию): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, глава VI (приоритет): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, глава VII (права и обязательства сторон до неисполнения обязательств): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, глава VIII (неисполнение обязательств и принудительное их исполнение): A/CN.9/WG.VI/ WP.9/Add.5, глава IX (несостоятельность): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, глава X (коллизия норм права): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, и глава XI (вопросы переходного периода): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8.

12. Остальные главы содержатся в добавлениях: главы I (введение) и II (ключевые цели) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) и глава IV (создание обеспечительных прав) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3).

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам 1–62

III. Основные подходы к обеспечению 1–62

A. Общие замечания 1–52

1. Введение 1–2

2. Инструменты, традиционно предназначенные для обеспечения 3–28

a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе 3–23

b. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе 24–28

3. Использование правового титула для целей обеспечения 29–44

a. Передача правового титула кредитору 30–34

b. Удержание правового титула кредитором 35–45

4. Комплексное всеобъемлющее обеспечение 46–52

B. Резюме и рекомендации 53–62

III. Основные подходы к обеспечению

A. Общие замечания

1. Введение

1. Со временем в разных странах был выработан широкий спектр практических мер, призванных обеспечить требования кредитора (обычно в виде денежного платежа) к его должнику. Цель настоящей главы заключается в том, чтобы дать широкий обзор различных основных методов предоставления кредитору действенных способов обеспечения, достоинств и недостатков каждого такого метода для обеих непосредственно затрагиваемых сторон, т.е. кредитора и должника, и третьих сторон, и основных вариантов выбора, имеющихся в распоряжении законодателей.

2. В целом можно провести различие между тремя видами инструментов, которые используются для целей обеспечения. К ним относятся, во-первых, инструменты, призванные служить обеспечением и прямо называемые таковым (см. раздел A.2); во-вторых, использование правового титула (права собственности) для целей обеспечения в сочетании с различными видами договорных механизмов (см. раздел A.3); и, в-третьих, комплексное, всеобъемлющее обеспечение.

2. Инструменты, традиционно предназначенные для обеспечения

a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе

3. В большинстве стран традиционно проводится различие между вещными обеспечительными правами в материальном движимом имуществе ("материальное имущество"; см. раздел A.2.a) и такими правами в нематериальном движимом имуществе ("нематериальное имущество"; см. раздел A.2.b). Материальный характер какого-либо актива фактически позволяет создавать такие формы обеспечения, которые не могут использоваться в отношении нематериального имущества (см. пункты 8 и 25–26).

4. Что касается обеспечительных прав в материальном имуществе, то в большинстве стран проводится различие между посессорным (см. раздел A.2.a.i) и непосессорным обеспечением (см. раздел A.2.a.ii). Посессорное – это такое обеспечение, при котором обремененные активы передаются во владение кредитора или третьей стороны. Непосессорное – это обеспечение, при котором предоставляющее обеспечение лицо, которое обычно является должником, но которое может быть и третьей стороной, сохраняет при этом в своем владении обремененные активы.

i. Посессорное обеспечение

a) Залог

5. Наиболее распространенной (а также наиболее древней) формой посессорного обеспечения в материальном имуществе является залог. Для действительности залога требуется, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, фактически передавало владение обремененным материальным имуществом и чтобы такое имущество передавалось либо обеспеченному кредитору, либо третьей стороне по согласованию сторон (например, на склад). Фактический держатель может быть также агентом или доверительным собственником, который удерживает обеспечение от имени или, по крайней мере, в интересах кредитора или синдиката кредиторов. Требуемое изъятие имущества из владения лица, предоставляющего обеспечение, должно не только происходить в момент создания обеспечительного права, но и должно оставаться в силе в течение срока действия залога; возвращение обремененных активов лицу, предоставившему обеспечение, обычно означает аннулирование залога.

6. Изъятие имущества из владения не всегда требует физического перемещения обремененных активов из помещений лица, предоставляющего обеспечение, при условии, что его доступ к таким активам исключен с помощью других способов. Это может быть достигнуто, например, путем передачи ключей от склада, в котором хранятся обремененные активы, обеспеченному кредитору при условии, что это исключает несанкционированный доступ в склад лица, предоставляющего обеспечение.

7. Изъятие имущества из владения лица, предоставляющего обеспечение, может также быть осуществлено путем доставки обремененных активов третьей стороне или же путем использования активов, которые уже удерживаются такой третьей стороной. Примерами являются товары или сырьевые материалы, хранящиеся на складе или в емкости, принадлежащей третьей стороне. Институциональный (и более дорогостоящий) механизм может предполагать участие независимой компании, занимающейся "складским хранением", которая в коммерческих помещениях лица, предоставляющего обеспечение, осуществляет контроль над переданными в залог активами в качестве агента обеспеченного кредитора. Для действенности этого механизма не допускается никакого несанкционированного доступа лица, предоставляющего обеспечение, в склад, в котором хранятся переданные в залог активы. Кроме того, служащие компании, обеспечивающей складское хранение, не должны действовать в

интересах лица, предоставляющего обеспечение (если они привлечены из числа служащих этого лица, с учетом их опыта, то они не могут далее работать на это лицо).

8. В случае активов особого характера, например документов и инструментов (будь то оборотных или нет), которые воплощают права в материальных активах (например, коносаменты или складские квитанции) или в нематериальных активах (например, оборотные документы, облигации или акционерные сертификаты), изъятие из владения осуществляется путем передачи таких документов или инструментов обеспеченному кредитору. Однако в этом случае не всегда легко провести различие между посессорным и непосессорным обеспечением.

9. С учетом изъятия имущества из владения лица, предоставляющего обеспечение, посессорный залог сопряжен с тремя важными преимуществами для обеспеченного кредитора. Во-первых, лицо, предоставившее обеспечение, не может распоряжаться переданными в залог активами без согласия обеспеченного кредитора. Во-вторых, кредитору не грозит риск того, что фактическая стоимость обремененных активов уменьшится вследствие их небрежного хранения и обслуживания от лица, предоставившего обеспечение. В-третьих, если принудительная реализация становится необходимой, то обеспеченному кредитору не придется требовать доставки обремененных активов от лица, предоставившего обеспечение, и в связи с этим тратить свое время, а также нести расходы и соответствующие риски.

10. Посессорное обеспечение также сопряжено с преимуществами для третьих сторон, особенно для других кредиторов лица, предоставившего обеспечение. Требуемое изъятие активов из владения лица, предоставившего обеспечение, позволяет избежать риска создания ложного впечатления о благополучии этого лица и, кроме того, сводит к минимуму риск мошенничества.

11. С другой стороны, посессорный залог сопряжен с серьезными недостатками. Самым большим недостатком для лица, предоставившего обеспечение, является требуемое изъятие имущества из его владения, что лишает его возможности пользоваться обремененными активами. Этот недостаток особенно проявляется в ситуациях, когда коммерческим лицам, предоставившим обеспечение, владение обремененными активами необходимо для того, чтобы генерировать доходы, за счет которых они будут возвращать заем (как, например, в случае сырьевых материалов, полуфабрикатов, оборудования и инвентарных запасов).

12. Для обеспеченного кредитора посессорный залог сопряжен с тем недостатком, что он вынужден хранить, сохранять и обслуживать обремененные активы, если только эту задачу не взяла на себя третья сторона. Если сами обеспеченные кредиторы либо не в состоянии, либо не желают брать на себя выполнение этих задач, то их возложение на третьи стороны повлечет за собой дополнительные расходы, которые прямо или косвенно будет нести лицо, предоставившее обеспечение. Еще один недостаток сопряжен с потенциальной ответственностью обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы (например, залогодержателя, держателя складской квитанции или коносамента), которые могли стать причиной причинения ущерба. Эта проблема приобретает особенно серьезный характер в случае возникновения ответственности за загрязнение окружающей среды (см. главу IV, пункты ..., и главу VII, пункты ...).

13. Однако если сторонам удается избежать вышеупомянутых недостатков (см. пункты 11–12), то посессорный залог может успешно использоваться. Он может применяться главным образом в двух случаях. Во-первых, когда обремененные активы уже удерживаются третьей стороной, особенно стороной,

хранящей активы другого лица на коммерческой основе, или могут быть легко переданы во владение такой третьей стороны. Во-вторых, когда инструменты и документы, воплощающие материальные активы или права в нематериальном имуществе, легко могут храниться самим обеспеченным кредитором.

b) Право удержания во владении

14. Статутные права удержания здесь не рассматриваются, поскольку за некоторыми исключениями статутные права не входят в сферу ведения настоящего Руководства (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 8). Право удержания, созданное по договору, позволяет стороне, договорный партнер которой нарушил договор, воздержаться от исполнения и, в частности, удерживать актив, который согласно условиям договора удерживающая сторона обязана доставить нарушившей стороне. Например, банк не должен возвращать такие документы, подтверждающие правовой титул, как коносаменты, или такие оборотные документы, как переводные или простые векселя, которые он удерживает для своего клиента, или разрешать снятие средств с банковского счета данного клиента, если этот клиент не исполнил обязательство по возвращению кредита и согласился предоставить банку право удержания. Если такое право удержания подкрепляется действительным полномочием на продажу удерживаемого предмета, то некоторые правовые системы рассматривают такое подкрепленное право удержания в качестве залога, хотя метод его создания отличается от метода создания собственно залога (см. пункты 5–8). И напротив, подкрепленное право удержания может рассматриваться как имеющее некоторые последствия залога. Наиболее важное последствие такого сходства с залогом заключается в том, что кредитор, во владении которого находится имущество, обладает приоритетом в отношении удерживаемых активов, если только на них не распространяется ранее созданное и действительное непосессорное обеспечительное право.

ii. Непосессорное обеспечение

15. Как отмечалось выше (см. пункт 11), посессорный залог материальных активов, которые требуются для производства или продажи (например, оборудование, сырьевые материалы, полуфабрикаты и инвентарные запасы), не является практичным с экономической точки зрения. Такие товары необходимы для предпринимательской деятельности коммерческих лиц, предоставивших обеспечение. Предоставляющее обеспечение лицо, не обладая доступом к таким активам и правом и правомочием на распоряжение ими, не сможет получать доходы, необходимые для возвращения займа. Эта проблема приобретает особенно острый характер для растущего числа коммерческих лиц, готовых предоставить обеспечение, но не имеющих недвижимого имущества, которое может использоваться в качестве обеспечения.

16. Для решения этой проблемы законодательство, особенно в течение последних 50 лет, стало предусматривать возможность создания обеспечения в движимых активах вне узких рамок посессорного залога. Одни страны ввели новую концепцию обеспечительного права, охватывающую различные механизмы, которые служат целям обеспечения, тогда как другие страны создали законодательным путем обеспечительные права типа непосессорного залога в отношении определенных конкретных активов. Тем не менее большинство стран продолжали придерживаться традиции XIX века (которая игнорировала более ранний и более либеральный подход) и настаивали на "залоге" как на единственном законном методе создания обеспечения в движимых активах. В XX веке законодатели и суды во многих этих странах осознали настоятельную экономическую необходимость создания непосессорного обеспечения.

17. Отдельные страны пытались найти подходящие решения с учетом особых местных нужд и в соответствии с общими принципами их правовой системы.

В результате появились самые разнообразные решения. Внешним признаком существующего разнообразия является существование разных названий соответствующих институтов, которые иногда разнятся даже в пределах одной страны, например: "фиктивное" изъятие имущества из владения лица, предоставляющего обеспечение; непосессорный залог; зарегистрированный залог; nantissement (залог без передачи предмета залога кредитору); складское свидетельство; ипотека; "договорная привилегия"; закладная; ипотечный залог движимого имущества и доверительная собственность. Важнее отметить ограниченность применения используемых подходов. Лишь небольшое число стран приняли общий статут о непосессорном обеспечении (в отношении более комплексного подхода см. раздел A.4). В некоторых странах приняты две совокупности законодательных актов о непосессорном обеспечении: одна, касающаяся создания обеспечения для финансирования промышленных предприятий и кустарных мастерских, а другая – создания обеспечения для финансирования сельскохозяйственных предприятий и рыбного промысла. Однако в большинстве стран существует целый ряд статутов о непосессорном обеспечении, охватывающих только небольшие экономические секторы, такие как приобретение автомобилей или оборудования или же производство кинофильмов.

18. В некоторых странах проявляется даже определенное нежелание допускать создание непосессорных обеспечительных прав в инвентарных запасах. Иногда это обусловливается предполагаемым несоответствием между обеспечительным правом кредитора и правом и правомочием лица, предоставившего обеспечение, осуществлять продажу, которая необходима для преобразования инвентарных запасов в наличные средства, предназначенные для возвращения обеспеченного займа. Еще одна причина заключается в том, что распоряжение инвентарными запасами будет часто приводить к возникновению серьезных конфликтов между многочисленными цессионариями или многочисленными обеспеченными кредиторами. Третья возможная причина нежелания допускать создание непосессорного обеспечения в виде инвентарных запасов может быть обусловлена политическим выбором в пользу использования инвентарных запасов для удовлетворения требований необеспеченных кредиторов лица, предоставившего обеспечение (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт ...).

19. Сколь бы разнообразным ни казалось законодательство, предусматривающее непосессорное обеспечение, у него есть одна общая черта, заключающаяся в том, что в нем обычно заложена та или иная форма публичности обеспечительного права. Цель публичности – устранить ложное впечатление о благополучии предоставившего обеспечение лица, которое может возникнуть в случаях, когда обеспечительное право в активах, удерживаемых этим лицом, не носит явного характера (подробное рассмотрение этого вопроса см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …). Часто утверждается, что в условиях современной кредитной экономики стороны могут исходить из того, что активы уже обременены или что на них уже распространяется удержание правового титула. Однако система кредитования, основанная на таких общих предположениях, как правило, приводит к увеличению стоимости кредита, даже в тех случаях, когда лицо, во владении которого находятся активы, является их собственником и эти активы не обременены (риск, которого можно избежать лишь частично ценой тщательного и дорогостоящего расследования). Кроме того, такие предположения ничего не дают для надлежащей защиты обеспеченного кредитора или других третьих сторон, поскольку они не позволяют выявить имени собственника или предыдущего обеспеченного кредитора, узнать размеры обеспечения или получить информацию об обремененных активах. Кроме того, в системе, строящейся на таких общих предположениях, отсутствует объективная основа для определения приоритета

обеспечительных прав в одних и тех же активах, в результате чего лица, предоставляющие обеспечение, не могут в полной мере использовать стоимость своих активов для получения кредита.

20. Видимо, необходимо устранить разрыв между общим экономическим спросом на непосессорное обеспечение и зачастую ограниченным доступом к такому обеспечению, допускаемым действующим законодательством. Одна из основных задач правовой реформы в области обеспеченных сделок состоит в подготовке предложений относительно совершенствования режима в сфере непосессорного обеспечения и в смежной сфере создания обеспечения в нематериальных активах (см. раздел A.2.b).

21. Хотя современные режимы доказали возможность преодоления трудностей такого рода, опыт показывает, что законодательство в области непосессорного обеспечения является более сложным, чем регулирование традиционного посессорного залога. Это в первую очередь обусловлено следующими четырьмя главными особенностями непосессорных обеспечительных прав. Во-первых, в силу того, что лицо, предоставляющее обеспечение, сохраняет в своем владении обремененные активы, она может распоряжаться ими или создавать конкурирующее право в таких активах, даже вопреки воле обеспеченного кредитора. Эта ситуация требует введения правил, касающихся последствий и приоритетности распоряжения такими активами (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 о приоритете). Во-вторых, обеспеченный кредитор должен добиться того, чтобы предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, проявляло надлежащую заботу о таких активах, должным образом страховало их и обеспечивало их сохранность, с тем чтобы сохранить их коммерческую стоимость, причем все эти вопросы должны регулироваться в соглашении об обеспечении между обеспеченным кредитором и лицом, предоставившим обеспечение (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4 о правах и обязательствах сторон до неисполнения обязательств). В-третьих, если принудительная реализация обеспечения становится необходимой, обеспеченный кредитор, как правило, предпочитает получить обремененные активы. Однако, если лицо, предоставившее обеспечение, не желает расставаться с такими активами, может потребоваться возбуждение судебного или внесудебного производства. Для этого нужно предусмотреть надлежащие средства защиты и, возможно, ускоренное производство (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 о неисполнении обязательств и принудительном исполнении). В-четвертых, ложное впечатление о благополучии предоставившего обеспечение лица, которое возникает благодаря "закрытости" обеспечительных прав в активах, находящихся во владении этого лица, необходимо, видимо, преодолеть с помощью различных форм публичности. Однако в современной кредитной экономике серьезность этой проблемы снижается в силу того, что общеизвестно, что сам факт владения не означает, что лицо, во владении которого находятся активы, является их собственником и что эти активы не обременены (за это, однако, приходится платить; см. пункт 19), или в силу того, что информация об обеспечительных правах подлежит опубликованию (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 о публичности).

22. С учетом общепризнанной экономической необходимости использования непосессорного обеспечения и основных различий между посессорным и непосессорным обеспечением, о которых идет речь выше (см. пункт 21), во многих странах необходимо принять новое законодательство.

23. С учетом ранее рассмотренных законодательных моделей (см. пункты 16–19) законодатели могут остановить свой выбор на одном из трех вариантов. Первый вариант может заключаться в принятии комплексного законодательства, касающегося и посессорных, и непосессорных обеспечительных прав (см. раздел A.4). Это разумный подход, который был использован в

Межамериканском типовом законе об обеспеченных сделках, принятом в феврале 2002 года. Другой вариант может заключаться в принятии комплексного законодательства, касающегося непосессорных обеспечительных прав, и регулировании посессорных прав с помощью других положений внутригосударственного законодательства. Еще один вариант может состоять в принятии специального законодательства, допускающего использование должниками непосессорного обеспечения кредитов в отдельных сферах предпринимательской деятельности. Превалирующая тенденция в современном законодательстве как на национальном, так и на международном уровнях заключается в использовании комплексного подхода, по крайней мере, в случае непосессорного обеспечения. Выборочное регулирование отдельных видов непосессорных обеспечительных прав скорее всего приведет к пробелам, дублированию, несогласованности и отсутствию транспарентности, а также к проявлению недовольства в тех секторах промышленности, которые могут оказаться неохваченными регулированием. Кроме того, такое выборочное регулирование затрудняет улаживание споров, касающихся приоритетности посессорных и непосессорных обеспечительных прав.

b. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе

24. Понятие нематериальных активов охватывает большое разнообразие прав (например, права на денежный платеж или исполнение другого договорного обязательства, скажем, поставка нефти по договору добычи). Сюда входят некоторые относительно новые виды активов (например, несертифицированные ценные бумаги, удерживаемые косвенно через посредника) и права интеллектуальной собственности (т.е. патенты, торговые знаки и авторские права). С учетом резкого повышения экономической роли нематериальных активов в последние годы растет спрос на использование этих прав в качестве активов, служащих обеспечением. Нематериальные активы, такие как дебиторская задолженность и права интеллектуальной собственности, зачастую являются частью сделок по финансированию инвентарных запасов или оборудования, и часто основная стоимость обеспечения воплощена в таких нематериальных активах. Кроме того, нематериальные активы могут представлять собой поступления от инвентарных запасов или оборудования. В настоящем Руководстве не рассматриваются ценные бумаги, поскольку в связи с ценными бумагами возникает целый ряд вопросов, которые требуют специального регулирования и которые рассматриваются в текстах, подготавливаемых Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП) и Гаагской конференцией по международному частному праву. Тем не менее в настоящем Руководстве рассматриваются вопросы обеспечения в дебиторской задолженности, т.е. права на истребование денежного платежа и права на истребование исполнения неденежных договорных обязательств, а также вопросы обеспечения в других видах нематериальных активов, таких как поступления от материальных активов или дебиторской задолженности.

25. По определению, нематериальные активы не могут находиться в (физическом) владении. Тем не менее кодексы большинства стран так называемого "гражданского права" предусматривают возможность создания посессорного залога (см. пункты 5–13) по крайней мере в денежных требованиях. В некоторых кодексах предпринимаются попытки создать видимость изъятия имущества из владения посредством введения обязательной передачи лицом, предоставляющим обеспечение, любого письменного или иного документа, касающегося переданного в залог требования (например, документа, из которого вытекает данное требование) кредитору. Однако такая передача не является достаточной для того, чтобы представлять собой залог. Например, "изъятие имущества из владения" лица, предоставившего обеспечение, во

многих странах обычно заменяется (довольно искусственно) тем, что лицу, передавшему в залог требование, направляется уведомление о залоге.

26. В некоторых странах разработаны методы, позволяющие достигать целей, сопоставимых с целями, которые преследуются режимом владения материальными активами. Наиболее радикальный метод заключается в полной передаче обремененного права (или обремененной доли такого права) обеспеченному кредитору. Однако это выходит за рамки создания обеспечительного права и равнозначно передаче правового титула (см. раздел A.3.a). Более умеренный подход предусматривает, что правовой титул на обремененные права не затрагивается, а блокируется лишь право лица, предоставившего обеспечение, распоряжаться обремененными активами без разрешения обеспеченного кредитора. В случае банковского счета, если лицо, предоставившее обеспечение (кредитор обремененного счета), как держатель счета соглашается на его блокирование в пользу обеспеченного кредитора, то последний располагает эквивалентом владения материальными движимыми активами. Это даже в большей степени верно в случае, если сам банк является обеспеченным кредитором.

27. В современной терминологии такие методы получения "владения" нематериальным имуществом правильно называются "контролем". Степень контроля может быть самой различной. В одних случаях контроль является абсолютным, и любое распоряжение имуществом со стороны лица, предоставившего обеспечение, исключается. В других случаях лицу, предоставившему обеспечение, разрешаются определенные виды распоряжения средствами обремененного счета или распоряжения средствами на установленную максимальную сумму при том, что обеспеченный кредитор имеет доступ к этому счету. Контроль может быть условием действительности обеспечительного права (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 66 и 68) или приоритета (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты ...).

28. В контексте усилий по установлению всеобъемлющих режимов, регулирующих непосессорное обеспечение в материальных активах (см. раздел A.2.a), широко распространена практика интеграции обеспечения в наиболее важных видах нематериальных активов (например, в дебиторской задолженности) в один и тот же правовой режим. Это способствует согласованности, поскольку продажа инвентарных запасов, как правило, приводит к возникновению дебиторской задолженности и зачастую бывает целесообразно распространить обеспечение, созданное в инвентарных запасах, на получаемые поступления. Система публичности, используемая при обеспечении в материальных активах, может также выполнять свои полезные функции (более подробно см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 о публичности) в отношении обеспечения в таких нематериальных активах, как дебиторская задолженность. Это может иметь то дополнительное преимущество, что при этом отпадает необходимость направлять уведомление должнику об обремененной дебиторской задолженности, что может оказаться невозможным в определенных сделках с обеспечением, предполагающих объединение активов, которые конкретно не идентифицированы. Даже в том случае, если такое уведомление возможно, оно может оказаться нежелательным (например, по причинам связанных с этим расходов или конфиденциальности).

3. Использование правового титула для целей обеспечения

29. В дополнение к инструментам собственно обеспечения (см. раздел A.2) в практике, а иногда и законодательстве многих стран разработан альтернативный подход к созданию непосессорных обеспечительных прав как в материальных, так и нематериальных активах, а именно использование правового титула (или права собственности) в качестве обеспечения (propriété sûreté). Обеспечение с

использованием правового титула может быть создано либо путем передачи правового титула кредитору (см. раздел A.3.a), либо путем удержания кредитором правового титула (см. раздел A.3.b). И передача, и удержание правового титула позволяют кредитору получить непосессорное обеспечение (в отношении экономической необходимости в непосессорном обеспечении и его обоснования см. пункт 15).

a. Передача правового титула кредитору

30. В отсутствие режима, регулирующего непосессорные обеспечительные права, или же в целях восполнения пробелов или устранения препятствий суды и законодатели в некоторых странах прибегают к передаче правового титула на активы обеспеченному кредитору.

31. В одних правовых системах существуют две особенности, которые делают обеспечительную передачу правового титула привлекательной для кредиторов. Во–первых, формальные и материально–правовые требования в отношении передачи правового титула на материальные и нематериальные активы другому лицу зачастую являются менее жесткими, а следовательно, сопряжены с меньшими затратами, чем требования в отношении создания обеспечительного права. Во–вторых, в случае принудительной реализации и несостоятельности должника кредитор зачастую находится в лучшем положении как собственник, чем как держатель простого обеспечительного права, особенно если активы собственника, хотя и находятся во владении лица, представившего обеспечение, не входят в состав имущественной массы, тогда как активы лица, предоставившего обеспечение, пусть даже обремененные обеспечительным правом кредитора, входят в состав имущественной массы. В других правовых системах, хотя и существует формальное различие между использованием правового титула для целей обеспечения и обеспечительными правами с точки зрения требований в отношении создания и принудительной реализации, это различие сводится на нет в силу того, что на использование правового титула для этих целей распространяются те же требования по созданию обеспечения, что и на обеспечительные права как таковые. В третьих правовых системах обеспечительная передача регулируется правилами, применимыми к передаче правового титула, тогда как в случае принудительной реализации и несостоятельности они рассматриваются как инструменты обеспечения.

32. Обеспечительная передача правового титула в одних странах допускается законодательством, а в других – судебной практикой. В одних странах на создание обеспечения распространяются менее строгие правила, регулирующие передачу правового титула, и оно по своему действию равнозначно полной передаче правового титула. В других странах в случае его создания применяются более строгие правила, регулирующие обеспечительные права, и его действие равнозначно лишь действию обеспеченной сделки. В третьих странах, особенно в странах гражданского права, такая передача правового титула рассматривается как нарушение обычного режима, регулирующего собственно инструменты обеспечения, и поэтому считается недействительной. В странах, в которых действует всеобъемлющий режим, регулирующий непосессорное обеспечение, передача правового титула допускается, но рассматривается как инструмент обеспечения (см. раздел 4). Это означает, что к его созданию, публичности, приоритету и принудительной реализации применяются те же требования, что и к обеспечительным правам (в случае несостоятельности такие активы являются частью имущественной массы; см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт …).

33. Законодателям необходимо сделать выбор из двух принципиальных вариантов. Первый вариант заключается в признании обеспечительной передачи правового титула с менее строгими (как правило) требованиями и с более значительными последствиями полной передачи права собственности (в случае

несостоятельности активы не являются частью имущественной массы; см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт 11), что позволяет избежать применения общего режима, регулирующего обеспечительные права. Этот вариант приводит к укреплению позиции обеспеченного кредитора (хотя это и сопровождается опасностью расширения обязательств кредитора, см. главу IV, пункт …), при одновременном ослаблении позиции лица, предоставившего обеспечение, и других кредиторов этого лица. Такое решение может иметь смысл в том случае, если обычный обеспечительный режим непосессорного обеспечения недостаточно хорошо развит.

34. Второй вариант состоит в том, чтобы признать обеспечительную передачу правового титула, но при этом ограничить либо связанные с этим требования или последствия, либо и те и другие до уровня требований и последствий простого обеспечительного права. В случае второго варианта возможно постепенное уменьшение количества преимуществ, которые имеет обеспеченный кредитор, и соответствующих слабых позиций других сторон, особенно если требования в отношении передачи или ее последствия, или те и другие ограничены требованиями и последствиями, касающимися обеспечительного права. Этот подход применяется в странах с комплексным и всеобъемлющим режимом обеспечения, в котором передача правого титула допускается, но регулируется теми же правилами, которые действуют в отношении обеспечительных прав (см. раздел 4).

b. Удержание правового титула кредитором

35. Второй метод использования правового титула в качестве обеспечения используется в случае, который зачастую называют "финансированием покупной цены" (описание и пример см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 16–19) и который предполагает удержание договорным путем правового титула (резервирование права собственности). Продавец или другое лицо, ссуживающее деньги, необходимые для приобретения материальных и даже нематериальных активов, может удерживать правовой титул до полной выплаты покупной цены (соглашение о простом удержании правового титула).

36. В некоторых странах положения соглашений о простом удержании правового титула могут быть самыми различными, включая положения о "всех денежных средствах" или о "текущем счете", согласно которым продавец удерживает правовой титул до выплаты покупателем всех долгов, а не только тех долгов, которые возникли по конкретному договору купли–продажи, а также положения о поступлениях и приращениях, согласно которым правовой титул распространяется на поступления и приращения от активов, правовой титул на которые удерживается продавцом.

37. Альтернативой соглашению об удержании правового титула, имеющей такие же экономические последствия, является объединение договора аренды с опционным правом арендатора на покупку арендуемого имущества (по номинальной стоимости), которое может быть реализовано только после выплаты арендатором большей части "покупной цены" посредством регулярных арендных платежей (пример см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 20). В некоторых случаях, когда срок аренды охватывает ресурсный срок оборудования, это эквивалентно соглашению об удержании правового титула даже без опционного права выкупа. В нижеследующих пунктах, по крайней мере в отношении аренды, которая выполняет функцию обеспечения, понятие "продавец" включает также понятие "арендодатель", а понятие "покупатель" включает понятие "арендатор".

38. С экономической точки зрения соглашение об удержании правового титула создает обеспечительное право, которое особенно хорошо адаптировано к нуждам продавцов для обеспечения кредитования покупной цены и по этой

причине широко используется ими. Во многих странах кредитование такого ряда, которое, как правило, предоставляется поставщиками, получило широкое распространение в качестве альтернативы общему банковскому финансированию и ему отдается предпочтение с учетом важной роли небольших и средних поставщиков для экономики. В других странах банки также предоставляют на более регулярной основе финансирование покупной цены, например, в случае, когда продавец продает товар банку, а банк продает его покупателю с удержанием правового титула, или когда покупатель производит платеж наличными средствами продавцу за счет займа и передает банку правовой титул в качестве обеспечения этого займа. В таких странах данный источник кредитования и присущее ему конкретное обеспечение пользуются особым вниманием.

39. С учетом происхождения соглашения об удержании правового титула как одного из условий договора купли–продажи или договора аренды многие страны рассматривают его просто как некое квазиобеспечение и поэтому не распространяют на него действие обычных правил, касающихся обеспечения, в частности требований в отношении формы, публичности или последствий (главным образом, приоритета). Дополнительным преимуществом является то, что создание такого обеспечения не сопряжено с большими затратами, поскольку во многих странах на него не распространяются требования в отношении публичности. Оно также хорошо приспособлено к условиям краткосрочного финансирования и в некоторых странах позволяет говорить об имущественном праве покупателя. В странах, в которых разрешается создание непосессорных прав только в определенных видах активов, но ни в коем случае в инвентарных запасах, удержание правового титула используется для финансирования закупки инвентарных запасов. Еще одним достоинством такой системы является то, что продавец, удерживающий правовой титул, во многих странах имеет привилегированный статус. Это может объясняться стремлением поддержать, как правило, небольших и средних поставщиков и содействовать финансированию покупной цены поставщиками в качестве альтернативы общему банковскому кредитованию. Такой привилегированный статус может также объясняться тем обстоятельством, что продавец, отдавая проданные товары, не получив при этом платежа, увеличивает совокупность активов лица, уступившего правовой титул, и нуждается в защите.

40. В то же время соглашения об удержании правового титула имеют определенные недостатки. Позиция покупателя и кредиторов покупателя ослабляется, и в отсутствие публичности третьим сторонам приходится полагаться на информацию, предоставляемую представителями покупателя, или затрачивать время и деньги на сбор информации из других источников. Другим недостатком является то, что это может воспрепятствовать или, по крайней мере, помешать покупателю использовать купленные активы для предоставления обеспечения второй очереди другому кредитору. Есть еще один недостаток, который заключается в том, что принудительная реализация другими кредиторами покупателя невозможна или затруднена без согласия продавца. По этим причинам в одних странах соглашения об удержании правового титула регулируются во всех отношениях точно так же, как и обеспечительные права, а в других странах они рассматриваются как обеспечительные права в некоторых, но не во всех отношениях (например, на них распространяется требование, касающееся публичности, но при этом они пользуются особым приоритетным статусом). В третьих странах положения об удержании правового титула являются неэффективными в отношении третьих сторон в целом или только если они относятся к определенным активам, особенно инвентарным запасам, на том основании, что удержание продавцом правового титула несовместимо с предоставлением им покупателю права и полномочия распоряжаться инвентарными запасами.

41. Можно рассмотреть несколько основных вариантов. Один из вариантов заключается в сохранении особого характера соглашения об удержании правового статуса в качестве инструмента права собственности. В соответствии с таким подходом на удержание правового титула не распространяются требования, касающиеся формы соглашения или публичности. Оно может служить обеспечением требований, отличных от требований уплаты покупной цены, и может распространяться на приросты и поступления от активов, в которых оно создано. Покупатель может в случае неуплаты причитающейся цены истребовать активы у покупателя и распоряжаться ими как собственник (не отчитываясь при этом перед покупателем, разве что за те или иные части уплаченной покупной цены). Аналогично, если покупатель становится несостоятельным, управляющий по делу о несостоятельности должен будет уплатить причитающуюся покупную цену для получения правового титула. Если управляющий по делу о несостоятельности принимает решение не оплачивать покупную цену, продавец может востребовать активы как собственник или настаивать на оплате причитающейся покупной цены (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт …). Другой, несколько отличный вариант может заключаться в сохранении особого характера соглашения об удержании правового статуса, но ограничении его действия обеспечением только покупной цены соответствующего актива с исключением какого-либо иного кредита и ограничении его приобретенным активом с исключением поступлений или приращений.

42. Еще один вариант может предусматривать включение соглашения об удержании правового титула в обычную систему обеспечительных прав. В таком случае вопросы создания обеспечения, публичности, приоритета и принудительной реализации, даже в случае несостоятельности покупателя (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт ...), по соглашению об удержании правового титула будут регулироваться теми же правилами, которые применяются в отношении непосессорных обеспечительных прав. При таком подходе из стратегических соображений, упомянутых выше (см. пункт 38), продавцу можно предоставить определенные преимущества (например, приоритет в момент заключения договора купли–продажи, в котором предусматривается удержание правового титула, или в момент доставки товаров). Еще один из вариантов может предусматривать предоставление удержанию правового титула такого же статуса, что и любому другому непосессорному обеспечению (т.е. без предоставления продавцу каких-либо привилегий).

43. Первые два варианта, упомянутые выше (см. пункт 41), предусматривают сохранение или создание специального режима для удержания правового титула за рамками всеобъемлющей системы непосессорных обеспечительных прав. Это предполагает, что удержание правового титула будут осуществляться на основании специальных положений договоров купли–продажи и что продавец будет иметь привилегированную позицию по отношению к кредиторам покупателя в случае принудительной реализации или несостоятельности последнего. В частности, первый вариант предусматривает наделение продавца (или другого лица, финансирующего покупную цену) значительными привилегиями, в результате чего в неблагоприятном положении оказываются конкурирующие кредиторы покупателя, особенно в случае принудительной реализации и несостоятельности. Однако в отсутствие каких-либо требований в отношении публичности потенциальные кредиторы вынуждены будут закладывать в условия кредитования фактор риска того, что на активы, предлагаемые им в качестве обеспечения, может распространяться действие соглашения об удержании правового титула, что может отрицательно сказаться на наличии и стоимости кредитов.

44. Два последних варианта, упомянутых выше (см. пункт 42), в большей мере соответствуют всеобъемлющей системе обеспечительных прав. Для целей законодательства об обеспечительных сделках удержание титула будет рассматриваться как инструмент обеспечения. Для целей других областей законодательства (например, налогового законодательства) удержание правового титула может сохранять свой характер инструмента права собственности. В частности, в первом варианте признается, что продавец, продающий товар в кредит, заслуживает определенного привилегированного положения (например, он может пользоваться приоритетом в момент заключения соответствующей сделки купли–продажи), поскольку он расстается с проданным товаром, а продажу в кредит следует поощрять по экономическим соображениям (так как это способствует развитию торговли и экономическому росту). С другой стороны, в интересах конкурирующих кредиторов статутная привилегия может быть ограничена покупной ценой на конкретные активы и проданным товаром как таковым. По этой же причине на права в поступлениях или приращениях от купленных товаров или суммы, причитающейся от покупателя, иные, нежели суммы, обусловленные конкретным договором купли–продажи, содержащим положения об удержании правового титула, не будет распространяться такая привилегия и в отношении их будут действовать правила, применимые к обычным обеспечительным правам (например, пользование приоритетом в момент регистрации соответствующей сделки).

45. Преобразование удержания правового титула в обеспечительное право для целей законодательства об обеспеченных сделках приведет к усилению положения покупателя, поскольку позволит ему создавать (непосессорное) обеспечительное право второй очереди для обеспечения кредита, предоставляемого другим кредитором. Это может также усилить позицию других кредиторов покупателя в случае принудительной реализации обремененных активов и в случае его несостоятельности. Позиция поставщика может быть и не ослаблена, по крайней мере в силу того, что положения об удержании правового титула пользуются привилегией в отношении приоритета (за некоторыми исключениями в принципе только простое удержание правового титула пользуется привилегией). Позиция поставщика не изменится в случае несостоятельности покупателя, поскольку независимо от того, отождествляется ли удержание правового титула с обеспечительным правом, поставщик все равно пользуется защитой (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт ...). В то же время поставщик должен будет осуществлять регистрацию (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт ...), и положения о "всех суммах", поступления и приросты будут пользоваться приоритетом только в момент их регистрации.

4. Комплексное всеобъемлющее обеспечение

46. Введение единого комплексного, всеобъемлющего обеспечительного права во всех видах движимого имущества представляется привлекательным в силу того, что различные виды непосессорных обеспечительных прав, а также традиционный посессорный залог основываются на небольшом количестве идентичных руководящих принципов. Основная идея состоит в том, что существо должно превалировать над формой. Не случайно, что эта идея впервые возникла в федеративных государствах, таких как Соединенные Штаты Америки и Канада. Так возник Единообразный торговый кодекс США (ЕТК). ЕТК, являющийся типовым законом, который принят всеми 50 штатами, устанавливает единое всеобъемлющее обеспечительное право в движимом имуществе, в результате чего унифицируются многочисленные и разнообразные посессорные и непосессорные права в материальном и нематериальном имуществе, включая соглашения о передаче и удержании правового титула, которые предусматривались законодательством штатов и общим правом. Эта

идея распространилась на Канаду, Новую Зеландию и несколько других стран. Во многих отношениях аналогичный подход применяется в Межамериканском типовом законе об обеспеченных сделках. Такой же подход применяется и в типовом законе ЕБРР в том смысле, что в нем создается конкретный "обеспечительный интерес", который может действовать наравне с другими инструментами обеспечения (например, арендой), и пересматривается характеристика удержания правового титула как обеспечительного права.

47. Комплексная всеобъемлющая система обеспечения имеет определенные преимущества. Во-первых, все соответствующие (зачастую весьма многочисленные) статуты, касающиеся непосессорных обеспечительных прав, могут быть объединены в один текст, который обеспечивает всеобъемлющий и согласованный характер содержащихся в нем норм. Во-вторых, нормы, касающиеся посессорных обеспечительных прав, особенно посессорного залога, могут быть включены в этот текст и при этом адаптированы к современным требованиям (например, с помощью внедрения концепции контроля). В-третьих, в эту систему можно встроить такие инструменты права собственности, как обеспечительная передача и удержание правового титула. В-четвертых, можно также включить и охватить такие договорные соглашения, которые выполняют обеспечительную функцию, как договоры аренды, продажи и перепродажи.

48. Как правило, важно обеспечить согласованность в вопросах обеспечительной передачи правового титула и обеспечительной уступки дебиторской задолженности. Более спорным моментом может быть интеграция удержания правового титула в той мере, в какой это направлено на стимулирование кредитования поставщиками в качестве альтернативы общему банковскому кредитованию. Но даже эти принципиальные цели могут быть достигнуты в рамках комплексного всеобъемлющего режима с помощью специальных правил, регулирующих в соглашении об удержании правового титула вопросы создания обеспечения, публичности, приоритета, принудительной реализации и статуса такого соглашения в случае неплатежеспособности (или какие-либо из этих аспектов).

49. Главной особенностью широкого подхода является то, что в этом случае существо превалирует над формой с целью предоставить в распоряжение сторон все возможные формы обеспечения кредита. Хотя такой подход может потребовать пересмотра характеристик отдельных сделок (например, передачи правового титула в качестве обеспечения или удержания правового титула) по крайней мере для целей законодательства, регулирующего обеспеченные сделки, от этого выиграют лица, предоставляющие обеспечение, обеспеченные кредиторы и третьи стороны, в том числе управляющий по делу о несостоятельности в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечение. В противном случае стороны могут уклоняться от выполнения требований, касающихся раскрытия информации, и использовать средства, которые дадут им чрезмерные преимущества по сравнению с другими обеспеченными кредиторами.

50. Кроме того, в соответствии с этим подходом кредитору, который рассматривает возможность предоставления обеспеченного займа, нет необходимости тщательно изучать различные альтернативные способы обеспечения и оценивать их соответствующие предпосылки и ограничения, а также достоинства и недостатки. Соответственно, облегчается задача кредиторов лица, представляющего обеспечение, или управляющего в деле о его несостоятельности, которым необходимо учитывать свои права (и обязанности) по отношению к обеспеченному кредитору, так как им в этом случае придется изучить только один режим, характеризующийся наличием единого комплексного обеспечительного права, а не несколько различных режимов.

Кроме того, это позволит уменьшить расходы, связанные с созданием обеспечения, и одновременно понизить стоимость обеспеченного кредита.

51. В трансграничных ситуациях, если в правовой системе нового местонахождения обремененных активов предусматривается комплексное обеспечительное право, это облегчает также признание обеспечительных прав, созданных в другой правовой системе. В этом случае гораздо легче признать широкое разнообразие иностранных обеспечительных прав, независимо от того, какой они носят характер: узкий или такой же всеобъемлющий.

52. В техническом плане комплексное и всеобъемлющее обеспечительное право можно создать с помощью двух подходов. Один подход допускает сохранение и использование названий таких ранее существовавших инструментов обеспечения, как передача правового титула. Однако их создание и последствия в качестве обеспечительных прав обусловливаются неким комплексом правил, но при этом они могут и далее в полной мере сохранить свое действие как механизмы права собственности для других целей (например, для налогообложения или учета). Несколько иной подход предусматривает, что нормы, применимые к определенным основным типам договора, которые могут использоваться для целей обеспечения, таким как договор купли–продажи, аренды или уступки, дополняются общим положением, предусматривающим, что если договор купли–продажи или аренды используется для целей обеспечения, то применяются определенные и конкретные дополнительные нормы (например, касающиеся опубликования информации или принудительной реализации). Но в целом между двумя этими подходами нет существенных различий в том, что касается предусматриваемых ими последствий обеспечительных прав.

B. Резюме и рекомендации

53. На практике в определенных, хотя и ограниченных ситуациях, посессорный залог успешно выполняет функцию надежного обеспечительного права (см. пункт 13).

54. В качестве посессорного залога действует право удержания во владении, созданное по соглашению, если оно сопровождается правомочием кредитора на продажу (см. пункт 14).

55. Непосессорные обеспечительные права имеют чрезвычайно важное значение для современного и эффективного режима, регулирующего обеспеченные сделки. Лицам, предоставляющим обеспечение, необходимо сохранять в своем владении обремененные активы, а обеспеченным кредиторам необходима защита от конкурирующих требований в случае неисполнения обязательств лицом, предоставившим обеспечение, и особенно в случае несостоятельности (см. пункт 15).

56. С учетом возрастающего значения нематериальных активов в качестве обеспечения кредитов и частого отсутствия адекватных правил, применимых к активам такого рода, было бы желательно выработать современный правовой режим, регулирующий обеспечение в нематериальных активах. Такой режим следует в максимально возможной степени согласовать с режимом, регулирующим непосессорные обеспечительные права в материальных активах, поскольку зачастую в качестве обеспечения берутся все активы должника, в том числе как материальные, так и нематериальные; в случае сделок, связанных с обременением материальных активов (например, при финансировании закупки инвентарных запасов или оборудования), в качестве обеспечения могут использоваться нематериальные активы (например, права интеллектуальной собственности); и нематериальные активы могут представлять собой

поступления от материальных активов. В частности, в отношении дебиторской задолженности в качестве стандарта, которым лучше всего руководствоваться, следует использовать принципы Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (например, в отношении допустимости будущей дебиторской задолженности, оптовой уступки и уступки, совершенной, несмотря на договорные ограничения на уступку, защиты должника). В отношении обеспечительных прав в таких нематериальных активах, которые не охвачены настоящим Руководством, как ценные бумаги, можно ссылаться на деятельность других организаций.

57. В случае таких инструментов права собственности, как обеспечительная передача и удержание права собственности на материальные активы, а также обеспечительная уступка требований или других нематериальных активов, существуют два варианта.

58. Согласно первому варианту, если страна принимает решение создать всеобъемлющую обеспечительную систему, предполагающую наличие некоторых исключений, то правила, применимые к обеспечительным правам, будут применяться также и к инструментам права собственности. Исключения могут касаться особого приоритета в пользу поставщика (или даже банка, финансирующего покупку актива) с удержанием правового титула, что в отдельных случаях может оговариваться направлением уведомления кредиторам, зарегистрированным в публичном порядке (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты ...).

59. Согласно второму варианту, если в стране уже имеется развитый правовой режим, регулирующий создание и использование инструментов права собственности, но не вопросы непосессорного обеспечения, и если эта страна не желает применять комплексный всеобъемлющий подход, то можно рассмотреть вопрос о создании двух отдельных систем: одной для непосессорного обеспечения и другой – для инструментов права собственности. При таком подходе создание инструментов права собственности будет регулироваться уже существующими правилами. В этом случае не будет требоваться опубликования информации, кроме как по тем активам, в отношении которых регистрация предусматривается уже действующим законодательством (таких, как морские и воздушные суда). Однако в отсутствие каких-либо требований в отношении опубликования информации, потенциальным кредиторам придется закладывать фактор риска существования соглашения об удержании правового титула в условия кредитования, что может негативно сказаться на наличии и стоимости кредита (см. пункт 43).

60. Что касается принудительного исполнения соглашения об удержании правового титула, то согласно этому варианту продавец сможет истребовать активы у покупателя и распоряжаться ими как собственник, не отчитываясь перед покупателем (кроме как за выплату каких-либо частей уплаченной покупной цены). В случае несостоятельности покупателя управляющий по делу о несостоятельности должен будет уплатить причитающуюся покупную цену для получения правового титула. Если управляющий по делу о несостоятельности принимает решение не производить такой выплаты, то продавец может истребовать активы как собственник или настоять как общий кредитор на выплате причитающейся покупной цены (см. пункт 41).

61. В случае принудительного исполнения обеспечительной передачи правового титула согласно этому варианту возможно применение как минимум двух подходов, поскольку даже в странах, в которых отсутствует комплексная всеобъемлющая обеспечительная система, передача правового титула обычно рассматривается либо как инструмент права собственности, либо как инструмент обеспечения (см. пункт 32). Если она рассматривается как инструмент права собственности, то лицо, которому передается это право, может

обеспечить исполнение своего требования как собственник и ему нет необходимости отчитываться перед лицом, передавшим правовой титул, за какие-либо средства, оставшиеся после распоряжения обремененными активами и удовлетворения требования лица, которому передано это право. В случае несостоятельности, такие активы не входят в имущественную массу, но управляющий по делу о несостоятельности может осуществлять любые связанные с этим договорные права. Когда обеспечительная передача правового титула рассматривается как инструмент обеспечения, кредитор после публичной или частной реализации переданных активов и удовлетворения обеспеченного требования должен отчитаться за любые образовавшиеся остатки. В случае несостоятельности эти активы являются частью имущественной массы и на них распространяется обеспечительное право (см. пункты 33–34). Допустимо также определенное сочетание этих двух подходов (когда обеспечительные передачи рассматриваются в отношении создания обеспечения и отдельных последствий как инструмента права собственности, тогда как в случае принудительной реализации и несостоятельности они рассматриваются как инструменты обеспечения).

62. Имеются веские основания заменить режим обеспечительных прав, состоящий из целого ряда специальных инструментов обеспечения, режимом, предусматривающим комплексное, всеобъемлющее обеспечительное право (см. пункты 46–52).

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–103
V. Публичность	1–103
A. Общие замечания	1–96
1. Введение	1-6
2. Изъятие имущества из владения	7–16
a. Общие соображения	7
b. Владение обремененными активами третьей стороной	8–10
c. Фиктивное изъятие имущества из владения	11
d. Вступление приоритета в силу	12–16
3. Приобретение контроля над нематериальными обязательствами	17–23
a. Торговая дебиторская задолженность	17–19
b. Депозитные счета	20–23
4. Основанные на правовом титуле способы публичности	24–31
a. Системы регистрации правовых титулов	24–27
b. Системы сертифицирования правовых титулов	28–29
c. Обеспечительные права в движимых активах, связанных с землей	30–31
5. Регистрация соглашения об обеспечении в реестре обеспеченных сделок	32
6. Регистрация уведомления в реестре обеспеченных сделок	33–83
a. Общие соображения	33–37
b. Составление предметного указателя активов или данных о лицах, передавших обеспечительное право	38–42
c. Содержание зарегистрированного уведомления	43–53
d. Доступ к более подробной информации	54–55
e. Сроки регистрации	56–58
f. Административные вопросы	59–67
g. Вступление приоритета в силу	68–73
h. Регистрация и принудительное исполнение	74–75
i. Распространение действия реестра на необеспеченные сделки	76–83
7. Другие способы публичности	84–85
8. Действительность публично незаявленных обеспечительных прав	86–96
a. В отношении лица, передавшего обеспечительное право	86–87
b. В отношении третьих сторон	88–96
B. Резюме и рекомендации	97–103

V. Публичность

A. Общие замечания

1. Введение

1. Обеспеченному кредитору необходимо быть уверенным в том, что его права в обремененных активах обладают преимуществом над правами третьих сторон. Вместе с тем третьи стороны также нуждаются в защите своих прав от риска оказаться в зависимости от "секретных" обеспечительных прав (в том смысле, что факт их существования или возможного существования нелегко установить объективным путем). Средством урегулирования этих целей является требование публично заявлять об обеспечительных правах до того, как они начнут действовать в отношении третьих сторон.

2. В настоящей главе основное внимание уделяется четырем наиболее широко распространенным способам публичности. Первый способ предусматривает лишение лица, передавшего обеспечительное право, обремененных активов. Второй – расширение концепции изъятия имущества из владения и передачу обеспеченному кредитору право распоряжаться стоимостью нематериальных обязательств, которые третья сторона имеет перед лицом, передавшим право. Третий способ касается только дорогостоящих движимых активов, в отношении которых государство установило специальный реестр правовых титулов или систему сертификации правовых титулов.

3. Четвертый и наиболее полный способ публичности включает регистрацию простого уведомления с указанием ограниченных по объему данных об обеспечительном праве в реестре обеспеченных сделок. В отличие от реестра правовых титулов реестр обеспеченных сделок не требует публичного оглашения текущего статуса правового титула на конкретные активы. Качественное состояние титула лица, передавшего обеспечительное право, определяется событиями и сделками, официально не регистрируемыми. В результате такая регистрация является предварительным условием для вступления в силу обеспечительного права в отношении третьих сторон. Таким образом, именно *отсутствие* публичности служит ориентиром для третьих сторон, когда они определяют, являются ли они потенциально связанными предшествующим обеспечительным правом.

4. Хотя реестр обеспеченных сделок действует по принципу негативной публичности, он вместе с тем способствует позитивному установлению порядка очередности приоритетов. Совершенно очевидно, что в процессе регистрации фиксируется объективно подтверждаемая и легко проверяемая дата порядка очередности приоритетов среди обеспеченных кредиторов и между обеспеченным кредитором и другими третьими сторонами.

5. Тема публичности в целом неразрывно переплетается с темой приоритета. Хотя теме приоритета посвящена отдельная глава в настоящем руководстве (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3), связь между публичностью и приоритетом проходит красной нитью по настоящей главе, и отсюда обе главы должны рассматриваться вместе.

6. Как и в случае реестра правовых титулов или системы сертификации правовых титулов, для создания реестра обеспеченных сделок требуется вложение средств в необходимую инфраструктуру либо самим государством, либо непосредственно через партнера из частного сектора на договорной основе. В случае отсутствия такой системы действительность непосессорного обеспечительного права для третьих сторон, как правило, регулируется статутными или судебными правилами, призванными обеспечивать защиту невиновных третьих сторон, которые приобретают право в обремененных

активах, не подозревая о существовании предшествующего права. В конце главы дается сравнение всеобъемлющей системы публичности на основе реестра с этой альтернативой и предлагаются рекомендации законодательного характера.

2. Изъятие имущества из владения

a. Общие соображения

7. Вывод обремененных активов из сферы владения лица, передавшего обеспечительное право, не обеспечивает позитивную публичность существования обеспечительного права. Однако, этот способ лишает лица, передавшего обеспечительное право, явного права владения, снижая тем самым и риск несанкционированного отчуждения активов для ничего не подозревающей третьей стороны. Поскольку изъятие имущества из владения собственника сигнализирует о том, что данное лицо, передавшее обеспечительное право, больше не является владельцем необременительного правового титула, этого традиционно считалось достаточным для того, чтобы создать обеспечительное право и придать ему юридическую силу по отношению к третьим сторонам (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункт 67).

b. Владение обремененными активами третьей стороной

8. Изъятие имущества из владения необязательно требует прямого владения со стороны обеспеченного кредитора. Права владения третьей стороны от имени обеспеченного кредитора вполне достаточно.

9. Если обремененные активы подтверждаются товарораспорядительным документом (например, коносаментом или товарной накладной), то выдача такого документа от имени обеспеченного кредитора гарантирует третьей стороне (например, перевозчику или держателю склада) владение собственностью от имени обеспеченного кредитора в противоположность лицу, передавшему обеспечительное право. Если товарораспорядительный документ имеет передаточный характер, перевозчик или держатель склада обычно обязан сдать указанные активы лицу, которое в данный момент обладает товарораспорядительным документом. Отсюда следует, что доставка должным образом индоссированного передаточного товарораспорядительного документа предлагает альтернативный способ изъятия указанных активов из владения лица, передавшего обеспечительное право.

10. Владение обремененными активами третьей стороной не всегда требует их вывода из помещений, принадлежащих лицу, передавшему обеспечительное право. В области договоренностей, касающихся оказания складских услуг, компания–владелец склада, действующая от имени обеспеченного кредитора, принимает под свой контроль товарные запасы и другие обремененные активы через агента, тесно связанного с лицом, передавшим обеспечительное право. Права третьих сторон защищены в силу того, что способность лица, передавшего обеспечительное право, распоряжаться обремененными активами требует согласия и сотрудничества этого агента (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 7).

c. Фиктивное изъятие имущества из владения

11. Скрепленное на бумаге обязательство лица, передавшего обеспечительное право, удерживать обремененные активы на правах агента обеспеченного кредитора ничего не дает в смысле защиты третьих сторон, которых может ввести в заблуждение факт явно необремененного владения имуществом лицом, передавшим обеспечительное право. Ничего не дает и требование к лицу, передавшему обеспечительное право, периодически направлять списки обремененных торговых кредиторских задолженностей в адрес обеспеченного

кредитора. Методы фиктивного изъятия имущества из владения, подобные этим, представляют собой прагматический ответ на спрос на непосессорное обеспечение в правовых режимах, в которых залог является единственным формально доступным средством обеспечения. Признание общей действительности непосессорных обеспечительных прав в соответствии с положениями, рассмотренными в настоящем руководстве (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты 15–23), сводит на нет любое стремление воспрепятствовать фиктивным залогам.

d. Вступление приоритета в силу

12. Даже в правовых системах с действующим реестром обеспеченных сделок изъятие имущества из владения лица, передавшего обеспечительное право, может порой представлять собой главенствующий способ публичности. Например, в большинстве юрисдикций, если обремененные активы подтверждаются передаточным товарораспорядительным документом, обеспеченный кредитор (или покупатель), обладающий этим документом, как правило, получает приоритет над обеспеченным кредитором, который добивается публичности путем регистрации уведомления о своем обеспечительном праве (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт 13). Данное правило не допускает вмешательство в широко распространенную практику принятия передаточных товарораспорядительных документов в качестве основного средства уступки прав собственности в основных активах в период, указанный в документе.

13. В других ситуациях изъятие имущества из владения может не быть самым выгодным способом публичности. Если обремененные активы зарегистрированы в специальном реестре правовых титулов (см. часть A.4), то необходимость сохранить публичные записи в целости и сохранности может потребовать передачи приоритета обеспеченным кредиторам (и покупателям), которые публично заявляют о своих правах путем регистрации.

14. Если о конкурирующем обеспечительном праве было вместо этого публично заявлено путем регистрации в общем реестре обеспеченных сделок (см. часть A.5), то возможны два варианта действий. Приоритет может быть выставлен временно в соответствии с порядком очередности, в котором происходили изъятие из владения и регистрация. В другом случае, предпочтение может быть отдано зарегистрированному обеспечительному праву независимо от того, произошло изъятие имущества из владения до или после регистрации.

15. Первый подход снижает расходы и риск для заимодавцев под залог и других кредиторов, которые обычно строят свою деятельность на посессорном обеспечении. С другой стороны, второй подход отвергает любой искушение со стороны кредиторов посессорного обеспечения обманным путем изменить на более раннюю дату изъятия имущества из владения. Он также устанавливает максимальную величину стоимости выстраивания порядка очередности приоритетов реестра обеспеченных сделок путем устранения риска для официально незарегистрированного свидетельства точного времени изъятия имущества из владения.

16. Если принять первый подход, то далее встает вопрос о том, начинается ли отсчет приоритета с даты изъятия имущества из владения, даже если обеспеченный кредитор первоначально публично объявляет об изъятии активов из владения и позднее регистрирует и возвращает их лицу, передавшему обеспечительное право. Если да, то второй зарегистрированный обеспеченный кредитор в итоге получит приоритет первой очередности. С другой стороны, первый зарегистрированный обеспеченный кредитор мог бы защитить свои права путем проверки факта владения лицом, передавшим обеспечительное

право, обремененными активами в тот момент, когда обеспеченный кредитор стал обладателем своего обеспечительного права.

3. Приобретение контроля над нематериальными обязательствами

a. Торговая дебиторская задолженность

17. В правовых системах, признающих оборот обеспечительных сертификатов (в виде акций или облигаций), передача сертификата, снабженного любым необходимым индоссаментом, является уступкой выгод, получаемых от обязательств эмитента перед обеспеченным кредитором. Эта акция как таковая является функциональным эквивалентом изъятия активов из владения через посредничество третьей стороны. Аналогичный результат можно получить в отношении сертифицированных ценных бумаг, находящихся в ведении клирингового учреждения, путем регистрации наименования обеспеченного кредитора в регистрационной книге клирингового учреждения, а в отношении несертифицированных ценных бумаг – путем регистрации наименования обеспеченного кредитора в регистрационных книгах эмитента. В случае косвенного владения инвестиционной собственностью контроль над обязательствами брокера или другого посредника может быть передан либо путем выставления инвестиционного счета на имя обеспеченного кредитора, либо путем получения согласия посредника исполнять указания обеспеченного кредитора.

18. В настоящем руководстве не рассматриваются вопросы, относящиеся к обеспечительным правам в инвестиционной собственности. Тем не менее, идея контроля как средства публичности, эквивалентного изъятию активов из владения, может быть применена к другим видам нематериальных обязательств третьей стороны перед лицом, передавшим обеспечительное право. Например, передача обеспечения в рамках обычной торговой дебиторской задолженности или другого денежного требования дает право обеспеченному кредитору, в случае несостоятельности должника, требовать платеж у лица, имеющего обязательство по условиям соглашения об обеспечении. Требование платежа, таким образом, уступает право распоряжаться денежным требованием, предъявленным обеспеченному кредитору. По этой причине можно было бы считать достаточный способ публичного объявления эквивалентный формой уступки права распоряжаться инвестиционной собственностью.

19. Однако обеспеченный кредитор, как правило, не будет требовать прямого платежа до тех пор, пока лицо, передавшее обеспечительное право, не заявит об отказе от платежа. Даже тогда, когда денежные требования немедленно урегулируются, цессионарий будет нередко стремиться к тому, чтобы оставить полученные активы в распоряжении цедента. С учетом этих практических особенностей, возможно, целесообразно рассматривать требование платежа лишь как метод его взыскания или принудительного исполнения, а не как способ инициировать публичность. Этот способ особенно уместен в случае, когда возможность регистрации уведомления в реестре обеспеченных сделок доступна как обеспеченным кредиторам, так и цессионариям. Публичность путем регистрации предлагает более эффективное средство оценки риска приоритета в самом начале сделки, особенно там, где обеспечение покрывает текущую и приобретенную позднее кредиторскую задолженность лица, передавшего обеспечительное право.

b. Депозитные счета

20. По аналогии со способом публичности, используемым в отношении косвенно удерживаемой инвестиционной собственности, право распоряжаться депозитным счетом, который лицо, передавшее обеспечительное право, имеет в финансовом учреждении или страховой компании, может быть получено в

результате занесения наименования обеспеченного кредитора в реквизиты такого счета или в результате получения согласия депозитного учреждения исполнять указания обеспеченного кредитора.

21. И самому депозитному учреждению может задолжать денежные средства лицо, передавшее обеспечительное право. Вместо того чтобы прибегать к искусственной процедуре востребования позитивной уступки права распоряжаться, возможно, проще считать депозитарное учреждение, которое принимает обеспечение на депозитные счета клиента, как орган, осуществляющий автоматический контроль над депозитным счетом в силу своего статуса.

22. Открытым остается вопрос, должен ли обеспеченный кредитор, который публично заявляет о передаче обеспечения в депозитном счете путем уступки контроля, иметь приоритет над другим обеспеченным кредитором, который публично заявляет о своем праве путем регистрации. По аналогии с инвестиционной собственностью напрашивался бы утвердительный ответ. По аналогии с уступкой денежных требований ответ был бы прямо противоположным.

23. Если принять первый подход, то далее возникает вопрос о том, должно ли депозитное учреждение, которое принимает обеспечение в счетах клиентов, иметь приоритет над другими обеспеченными правами, заявленными публично путем уступки контроля. Прав учреждения на зачет требований обычно бывает достаточно для защиты его встречных исков до начала процедуры принудительного исполнения коллидирующим обеспеченным кредитором, независимо от того, какой приоритетный статус имеет данное учреждение как обеспеченный кредитор.

4. Основанные на правовом титуле способы публичности

a. Системы регистрации правовых титулов

24. Изъятие имущества из владения и эквивалентные методы получения права распоряжаться им доступны только в том случае, если лицо, передающее обеспечительное право, готово уступить имеющее место использование обремененных активов и соответствующие выгоды. Эти методы не могут быть реализованы в отношении публичного заявления обеспечительных прав в активах, в отношении которых лицу, передающему обеспечительное право, необходимо сохранить контроль для того, чтобы оказывать свои услуги или производить продукты или иным способом получать доход.

25. В отношении ограниченных категорий дорогостоящих движимых активов государство может учредить специальный реестр правовых титулов, аналогичный земельному кадастру. Там, где реестр правовых титулов существует, он предлагает удобную возможность для публичного заявления непосессорных обеспечительных прав в подобных дорогостоящих активах. К наиболее широко встречающимся примерам активов, в отношении которых существуют реестры правовых титулов, относятся морские суда, летательные аппараты, жилые автофургоны и права на интеллектуальную собственность (главным образом на патенты и торговые марки).

26. Обеспечительное право (или купля–продажа), публично заявленное путем регистрации правового титула в реестре, обычно имеет приоритет над обеспечительным правом, публично заявленным путем изъятия имущества из владения или путем регистрации уведомления об обеспечении в общем реестре обеспеченных сделок. Это правило обеспечивает такое положение, при котором покупатели обремененных активов могут с полным доверием полагаться на записи, регистрирующие правовые титулы, при оценке качества правового титула, который они приобретают.

27. Эту задачу можно было бы также решить с помощью обеспечения общего пункта доступа к регистрационным записям реестра правовых титулов и реестра обеспеченных сделок, с тем чтобы создать возможность одновременно для регистрации и поиска информации в обеих системах. Технически этот вопрос вполне решаем благодаря уровню развития компьютерной техники. Вместе с тем существуют трудности в плане разработки и осуществления этих задач. Системы регистрации правовых титулов, как правило, основываются на составлении предметного указателя активов, в том время как реестры обеспеченных сделок, как правило, организуются путем ссылки на идентификационные данные лица, передавшего обеспечительное право. Таким образом, чтобы иметь возможность одновременно осуществлять поиск, необходимо будет требовать, чтобы обе системы внедрили одни и те же правила идентификации лиц, передавших обеспечительное право, и чтобы программа управления реестром правовых титулов позволяла проводить поиск информации на основе данных о лицах, передавших обеспечительное право.

b. Системы сертификации правовых титулов

28. Системы сертификации правовых титулов, которые используются в некоторых государствах, являются альтернативным методом публичного заявления о приобретении и уступке правовых титулов в движимых активах (например, в транспортных средствах). Обеспечительные права объявляются публично с помощью записи на сертификате.

29. Обеспечительное право, заявленное с помощью записи на сертификате, удостоверяющим правовой титул, как правило, получает приоритет над обеспечительным правом, заявленном любым другим методом. Это правило необходимо для того, чтобы покупатели имели возможность доверять сертификату, удостоверяющему правовой титул, при оценке качества правового титула продавца.

c. Обеспечительные права в движимых активах, связанных с землей

30. Гибкость финансирования возрастает, если режим обеспечения в движимых активах доступен обеспеченным кредиторам, которые принимают обеспечение в обездвиженных движимых активах (например, плавильная печь, которая должна быть привязана к земле) или перемещаемых недвижимых активах (например, выращиваемый урожай, который предстоит отделить от земли). Такое положение позволило бы лицу, передающему обеспечительное право, получить финансирование без необходимости оформлять полномасштабную и соответственно более дорогостоящую ипотеку.

31. В соответствии с этим подходом общие правила публичности в отношении движимых активов могут применяться с одной оговоркой. Было бы желательно требовать одновременной регистрации уведомления об обеспечении в реестре правовых титулов на недвижимые активы с целью связать в правовом отношении третьи стороны, которые позднее приобретут зарегистрированное право на землю, к которой прикрепляются или на которой устанавливаются движимые активы, и с целью применять к таким отношениям правила приоритета, применимые к недвижимым активам. Этим правила позволят сохранять в целости и сохранности записи о праве владения землей.

5. Регистрация соглашения об обеспечении в реестре обеспеченных сделок

32. Другой способ публичности касается регистрации соглашения об обеспечении в реестре обеспеченных следок. Как и в случае с регистрацией в реестре правовых титулов, документы препровождаются регистратору, который их проверяет и затем выдает регистрационный сертификат, который представляет собой убедительное свидетельство существования

зарегистрированного права. Этот сертификат как убедительное свидетельство нередко признается в качестве дающего преимущества основного документа регистрации. Однако цель установления приоритета для регистрирующего лица и одновременно для защиты интересов третьих сторон может быть достигнута менее дорогостоящим и более эффективным с точки зрения затрат времени способом, который лучше удовлетворяет потребности современных сделок и не ведет к разглашению чувствительных данных, относящихся к такой сделке (см. A.5).

6. Регистрация уведомления об обеспечении в реестре обеспеченных сделок

a. Общие соображения

33. Пятый способ публичности предусматривает регистрацию уведомления об обеспеченном праве в публичном реестре, учрежденном для этой цели. В отличие от трех способов публичности, уже рассмотренных выше, регистрация уведомления предлагает универсальное средство использования публичности независимо от характера обремененных активов. Этот способ как таковой способствует эффективному установлению порядка очередности, позволяющему урегулировать коллизию отношений между обеспеченным кредиторами и между обеспеченным кредитором и другими третьими сторонами путем ссылки на время регистрации.

34. Реестр обеспеченных сделок на основе уведомлений весьма отличается от реестра правовых титулов или реестра обеспеченных сделок на основе регистрации документов. Реестр правовых титулов или регистрации документов функционирует как убедительный источник позитивной информации о текущем статусе правового титула на владение конкретными активами. Для защиты целостности регистрационной записи о правовом титуле регистрирующая сторона, как правило, должна представить документы о фактической передаче правового титула или направить их регистратору на предмет изучения.

35. И наоборот, реестр для регистрации обеспеченных сделок на основе уведомлений функционирует на основе концепции отрицательной публичности. Факт регистрации не является позитивным доказательством существования обеспеченного права. Он скорее служит предупреждением для третьих сторон относительно возможности существования обеспеченного права, которое позволяет третьим сторонам предпринимать дальнейшие шаги по защите их прав (см. пункт 54) и представляет собой предварительное условие для приведения в действие обеспеченного права в отношении третьих сторон. Дело в том, что именно на отсутствие регистрационных записей полагаются третьи стороны в своем заключении о том, что им нет необходимости беспокоиться о любых предшествующих обеспеченных правах, предоставленных лицом, с которым они совершают сделки. Далее следует, что нет необходимости требовать от обеспеченных кредиторов, чтобы они регистрировали соглашение об обеспечении или каким-либо иным способом доказывали его существование. Третьи стороны достаточно защищены регистрацией простого уведомления с указанием сторон и обозначением обремененных активов. С точки зрения лица, передающего обеспечительное право, защита от несанкционированных регистрационных записей может быть обеспечена с помощью регистрационных правил, требующих, чтобы названное лицо, передающее право, было информировано о любой регистрации, и путем учреждения упрощенной административной процедурой для облегчения удаления несанкционированных регистрационных записей.

36. Уведомление в значительной степени упрощает процесс регистрации и минимизирует административную и архивационную нагрузку на регистрационную систему. Эта процедура также расширяет гибкость в период финансирования. До тех пор, пока фактические сведения, указанные в

зарегистрированном уведомлении, не страдают, нет оснований для непринятия одного уведомления в качестве достаточного средства публичного заявления о последующих соглашениях об обеспечении между сторонами.

37. Концепция реестра обеспеченных сделок на основе уведомлений получила солидную поддержку международного сообщества. Типовые системы были разработаны Европейским банком реконструкции и развития (Основные принципы современного законодательства об операциях с обеспечением, 1997 год; Типовой закон об операциях с обеспечением, 1994 год), Организацией американских государств (Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках, 2002 год) и Азиатским банком развития (Реформы законодательства и политики в Азиатском банке развития: руководство по реестрам движимых активов, декабрь 2002 года). Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования от 2001 года и соответствующий протокол по авиационному оборудованию к этой Конвенции обеспечивают международный режим приоритетов на основе системы регистрации для учета интересов в авиационной технике, возникающих в рамках соглашений об обеспечении, лизинговых соглашений и соглашений о сохранении правового титула в ходе купли–продажи собственности. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле также предлагает процедуру регистрации уведомлений в качестве одной из альтернативных систем установления приоритетов в соответствии с тем, как она излагается в приложении к этой Конвенции.

b. Составление предметного указателя активов или данных о лицах, передавших обеспечительное право

38. Уведомление об обеспечении должно заноситься в предметный указатель в соответствии с установленными критериями с тем, чтобы можно было наладить его эффективный поиск. Уведомление, помещаемое в реестр обеспеченных сделок, как правило, заносится в указатель путем ссылки на идентификационные данные о лице, передавшем обеспечительное право. Указатель на основе активов возможен только для таких активов, которые имеют серийный номер или другие объективно установленные уникальные идентификаторы. Даже в этом случае стоимость отдельных товаров в рамках общеродовой категории (например, все материальные движимые активы) могут оказаться слишком скромными для того, чтобы оправдать расходы, сопряженные с их регистрацией на индивидуальной основе. Кроме того, указатель на основе активов не предполагает регистрацию уведомления, касающегося обеспечения в приобретенных впоследствии активах, или распространении фондов активов, например товарных запасов и дебиторской задолженности.

39. Предметный указатель, составляемый на основе данных о лицах, передавших обеспечительное право, в значительной степени либерализует процесс регистрации. Обеспеченные кредиторы могут публично заявлять обеспеченное право во всех текущих и приобретенных впоследствии видах движимой собственности лица, передавшего обеспечительное право, или в общеродовых категориях наименований с помощью одноразовой регистрации. Им нет необходимости беспокоиться об обновлении регистрационной записи каждый раз, когда лицо, передавшее обеспечительное право, приобретает новые активы в рамках общеродовой категории, описанной в уведомлении.

40. Предметный указатель, составляемый на основе данных о лицах, передавших обеспечительное право, имеет один недостаток. Если обремененные активы становятся предметом несанкционированных последующих передач, то будущие обеспеченные кредиторы и покупатели не смогут защитить себя путем проведения поиска информации об этих передачах в архивах по наименованию ближайшего очевидного владельца. В силу того, что эта система основывается

на составлении индекса лиц, передавших обеспечительное право, такой поиск не позволит обнаружить обеспечительное право, предоставленное предшествующим владельцем правового титула.

41. Частичным решением этой проблемы может быть требование составлять предметный указатель на основе активов в отношении особенно дорогостоящих активов, для которых существуют надежные цифровые идентификаторы, например, для дорожно–транспортных средств, морских судов, жилых автофургонов, трейлеров, летальных аппаратов и т.д. Хотя идентификация конкретного актива ограничивает возможность использования единого уведомления для публичного заявления об обеспечении в приобретенных впоследствии активах, она необходима практически только для капитальных активов, используемых в деловых операциях лица, передавшего обеспечительное право (и потребительских активов, используемых для личных целей в том объеме, в каком они охвачены реестром). В случаях, когда активы удерживаются лицом, передавшим обеспечительное право, в качестве товарных запасов, покупатель в любом случае свободно воспользуется обеспечительным правом в ходе нормальной процедуры деловой деятельности.

42. Альтернативным или дополнительным подходом будет требование к обеспеченным кредиторам, которые узнают о факте передачи права на активы его владельцем, чтобы они добавляли правопреемника в качестве дополнительного лица, передавшего обеспечительное право, в текст зарегистрированного уведомления во избежание подчинения их прав требованиям промежуточных третьих сторон. С другой стороны, защита не может быть обеспечена всем промежуточным покупателям или даже всем промежуточным третьим сторонам, даже если обеспеченный кредитор не осведомлен о несанкционированном отчуждении имущества должником (см. также A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт 40).

c. Содержание зарегистрированного уведомления

i. Идентификация лица, передавшего обеспечительное право

43. Поскольку идентификация лица, передавшего обеспечительное право, является обычным средством, с помощью которого осуществляется поиск уведомлений об обеспечении, регистрирующие стороны и стороны, осуществляющие поиск, нуждаются в руководящих указаниях относительно правильного способа идентификации. В этой связи наиболее распространенными критериями являются наименование и адрес лица, передавшего обеспечительное право.

44. Для корпоративных и других юридических лиц, передавших обеспечительное право, правильность наименования обычно можно проверить с помощью публичного реестра корпоративных и коммерческих организаций, который ведется в большинстве государств. Если информация в таком реестре и в реестре обеспеченных сделок храниться в электронной форме, то можно будет обеспечить общий выход на оба вида регистрационных записей в целях упрощения процесса проверки.

45. В отношении частных лиц, передавших обеспечительное право, проверка правильности личных данных сопряжена с несколько большими трудностями. Могут быть расхождения между общеизвестными и формально регистрируемыми при рождении именами лица, передавшего обеспечительное право, или между именами, которые фигурируют в различных удостоверениях личности. Фамилии после рождения могут меняться как вследствие намеренных действий, так и вследствие изменения гражданского состояния. Предоставление четких законодательных указаний для решения подобных различных случаев обеспечивает такое положение, при котором регистрирующие стороны и

стороны, осуществляющие поиск, действуют по одним и тем же критериям. Например, законодательные положения или административные правила могут предусматривать иерархическую цепочку официальных источников, начиная с имени, которое появляется на свидетельстве о рождении лица, передавшего обеспечительное право, и кончая ссылкой на другие источники (например, на паспорт или водительское удостоверение) в ситуациях, когда официальной записи о рождении не существует или когда она не доступна.

46. Если под одним и тем же именем выступает не одно лицо, передавшее обеспечительное право, то указание адреса такого лица чаще всего позволит решить вопрос с идентификацией такого лица для тех, кто ведет поиск. В государствах, где часто встречаются одноименные фамилии, возможно, потребуется вносить дополнительную информацию, такую как дату рождения лица, передавшего обеспечительное право. Если государство приняло цифровую систему обозначения для своих граждан, то это также можно использовать при условии соблюдения конфиденциальности частной информации и при условии указания альтернативных идентификационных данных в отношении лиц, передавших обеспечительное право, которые не являются гражданами данного государства.

47. Последствие ошибки в написании имени лица, передавшего обеспечительное право, для юридической силы уведомления зависит от степени организации конкретной системы регистрации. Например, некоторые электронные записи программируются таким образом, чтобы выдавать лишь точные совпадения между именем, внесенным стороной, осуществляющей поиск, и именами, существующими в базе данных. В такой системе любая ошибка сведет регистрацию к нулю, поскольку она сделает данное уведомление неизвлекаемым для сторон, осуществляющих поиск, если они правильно написали имя и фамилию лица, передавшего обеспечительное право. В других системах можно будет также извлекать близко совпадающие наименования, и в этом случае зарегистрированные данные могут вполне обнаружиться в ходе поиска при использовании правильного идентификатора, несмотря на вкравшуюся ошибку при занесении данных. Вопрос о том, имеет ли такая регистрация с опечаткой юридическую силу, зависит от каждого конкретного случая. В этом случае целесообразно проявлять определенную гибкость и считать подобную опечатку серьезной только тогда, когда раскрываемая в уведомлении информация способна запутать разумного исследователя.

ii. Идентификация обеспеченного кредитора

48. Занесение наименования и адреса обеспеченного кредитора или представителя обеспеченного кредитора в зарегистрированное уведомление позволяет третьим сторонам вступать в контакт с обеспеченным кредитором в случае необходимости и гарантирует, что лицо, которое позднее будет требовать приоритетной выгоды на основе уведомления, является лицом, обладающим на это правом. Правила, используемые для определения правильного наименования лица, передающего обеспечительное право, могут также применяться к обеспеченным кредиторам. Однако наименование обеспеченного кредитора не является критерием при составлении предметного указателя. Следовательно, регистрационные ошибки не несут риска, способного ввести в заблуждение третьи стороны, осуществляющие поиск, до такой степени, чтобы лишить уведомление юридической силы.

iii. Обозначение обремененных активов

49. Абсолютно нет никакой необходимости требовать, чтобы уведомление об обеспечительном праве включало обозначение обремененных активов. Однако отсутствие такого обозначения затруднит возможность для лица, передавшего

обеспечительное право, продавать или передавать обеспечение в активах, которые остаются необремененными. Будущие покупатели и обеспеченные кредиторы потребуют определенной формы защиты (например, освобождение от обеспеченного кредитора) до заключения сделок с участием каких-либо активов лица, передающего обеспечительное право. Отсутствие обозначения также понизит стоимость уведомления о несостоятельности для управляющих и кредиторов, назначенных по решению суда.

50. Исходя их этих соображений, обозначение обремененных активов обычно требуется предоставлять. В системе предметного указателя данных о лицах, передавших обеспечительное право, нет необходимости требовать конкретного обозначения по каждому индивидуальному активу. Информационные потребности лиц, осуществляющих поиск, в достаточной степени удовлетворяются с помощью общеродового обозначения (например, всех материальных активов, всех кредиторских задолженностей) или даже сверхродового обозначения (например, все существующие и приобретенные позднее движимые активы). В самом деле, общеродовое обозначение необходимо для гарантирования эффективной публичности обеспечительного права, предоставленного в приобретенных позднее активах, и в обращаемых средствах или универсальных формах активов (например, "все требования" или "все товарные запасы").

51. Более трудный вопрос заключается в том, насколько необходимо указывать в уведомлении лишь общеродовой характер обремененных активов (например, материальные движимые активы), даже если обеспечительное право фактически ограничивается конкретным видом актива (например, одним автомобилем), или же обозначение должно соответствовать фактическому перечню активов, покрываемых исходной обеспечительной документацией.

52. Первый подход упрощает процесс регистрации и уменьшает риск ошибки описательного характера. Он позволяет также сторонам изменять их соглашение об обеспечении с целью добавления в него новых активов в пределах той же общеродовой категории без необходимости в новой регистрации. С другой стороны, этот подход может осложнить доступ лица, передавшего обеспечительное право, к кредитам для финансирования необремененной доли обозначенных активов. Поскольку приоритет датируется временем регистрации, последующие покупатели и обеспеченные кредиторы потребуют недвусмысленного отказа от обязательства или исполнения обязательства, чтобы защитить себя от риска, когда лицо, передающее обеспечительное право, может позднее расширить фактический перечень активов, покрываемых первоначальным соглашением об обеспечении.

iv. Максимальная стоимость обеспеченного обязательства

53. Другой вопрос заключается в том, насколько необходимо раскрывать в уведомлении денежную стоимость обеспеченного обязательства. Нецелесообразно требовать, чтобы указывалась фактическая или предполагаемая стоимость, поскольку это помешает проявлять гибкость при установлении линии кредита и механизма финансирования. Однако от обеспеченных кредиторов можно было бы требовать, чтобы они указывали максимальную сумму, которую предполагается обеспечить с помощью обеспечительного права. Этот подход облегчит для лица, передавшего обеспечительное право, возможность использовать остаточную стоимость активов при условии наличия широкого обеспечительного права для обеспечения дальнейшего финансирования с привлечением других обеспеченных кредиторов. С другой стороны, первый обеспеченный кредитор, к которому перейдет общее обеспеченное право распоряжаться активами лица, передающего обеспечительное право, как правило, является самым дешевым и

наиболее доступным источником кредитования. Кроме того, ценность установления такого требования будет выхолощена, если по заведенному порядку будут регистрироваться завышенные оценки.

d. Доступ к более подробной информации

54. Будущие покупатели и обеспеченные кредиторы могут в целом решать вопросы риска в отношении приоритетов, вытекающего из зарегистрированного уведомления, без необходимости проведения дальнейшего расследования. Они могут отказаться от последующих сделок с лицом, передавшим обеспечительное право, или получить согласие зарегистрированного обеспеченного кредитора на высвобождение или подчинение обеспечительного права, или требовать, чтобы лицо, передающее обеспечительное право, освободило регистрацию от обременения (в случаях, когда регистрация не представляет собой обременение или когда новый обеспеченный кредитор готов авансировать достаточные средства для осуществления выплаты предшествующему зарегистрированному обеспеченному кредитору).

55. Третьи стороны, находящиеся в положении необеспеченных кредиторов и представителей по делам о несостоятельности, а также совладельцы обремененных активов, находятся в несколько иной ситуации. Они уже обладают существующим или потенциальным требованием в отношении обремененных активов. Однако величина стоимости этого требования может быть определена только на основании доступа к неофициальному свидетельству факта существования соглашения об обеспечении и текущей суммы невыплаченного обязательства. Поскольку лицо, передавшее обеспечительное право, может быть ненадежным источником такой информации или может отказаться от сотрудничества, то, возможно, целесообразно будет наложить на обеспеченных кредиторов правовое обязательство непосредственно удовлетворить требование третьих сторон, имеющих законный интерес на получение дальнейшей подробной информации в пределах разумного отрезка времени.

e. Сроки регистрации

56. Сроки обеспеченных финансовых отношений могут варьироваться в довольно значительных пределах. Необходимой гибкости можно добиться одним из следующих двух способов: во-первых, разрешить регистрирующим сторонам самим выбрать желательный для них срок регистрации с правом вносить новые регистрационные данные и, во-вторых, установить общий фиксированный срок (например, пять лет), также дополненный правом вносить новые регистрационные данные.

57. При средне– и долгосрочном финансировании первый подход уменьшает для обеспеченных кредиторов риск утратить приоритет в случае невыполнения в срок требования о возобновлении регистрации. При краткосрочных механизмах финансирования второй подход снижает для лица, передавшего обеспечительное право, риск того, что обеспеченные кредиторы будут перестраховываться и регистрироваться на более длительный срок.

58. Независимо от того, какой подход принимается, необходимо, с точки зрения лица, передавшего обеспечительное право, гарантировать, чтобы уведомления удалялись из реестра в течение разумного периода времени после выполнения обеспеченного обязательства. К числу возможных решений относится наложение денежного штрафа на обеспеченных кредиторов, не зарегистрировавших своевременное исполнение обязательства, а также установление упрощенной административной процедуры, призванной заставить обеспеченного кредитора исполнить обязательство, если он не откликнется на обоснованное требование, предъявленное в этой связи лицом, передавшим

обеспечительное право. В качестве дополнительной меры, стимулирующей принятие своевременных действий, возможно, целесообразно предоставить обеспеченным кредиторам право регистрировать выполнение обязательства бесплатно.

f. Административные вопросы

i. Технологические соображения

59. Если регистрационные записи организуются на базе регионов или районов, то придется разработать довольно сложные правила по определению соответствующего места регистрации и решения вопросов, возникающих в случае перемещения активов или лица, передавшего, обеспечительное право. С другой стороны, единый национальный реестр создает проблему неравенства доступа. Компьютеризация базы данных реестра позволяет решить эту проблему путем предоставления возможности для занесения всех регистрационных данных в центральный единый регистрационный архив и в то же время сделать возможной дистанционную регистрацию и поиск информации в базе данных.

60. Электронная база данных способна поддерживать полномасштабную электронную систему регистрации, в которой клиенты могут прямо со своих компьютеров входить в электронную базу данных, как для регистрации, так и для поиска информации. Это в значительной степени снижает расходы на эксплуатацию и техническое обслуживание системы. К тому же это позволяет повысить эффективность процесса регистрации путем предоставления контроля над временем регистрации непосредственно в руки регистрирующей стороны и путем ликвидации любых временных задержек между представлением уведомления, и фактическим поступлением информации, содержащейся в этом уведомлении, в базу данных. Но, возможно, самое важное заключается в том, что полномасштабная электронная система возлагает всю ответственность за правильность вносимых данных на регистрирующую сторону и на стороны, осуществляющие поиск, тем самым, сводя к минимуму расходы на персонал и эксплуатацию.

61. В конечном итоге, оптимальность масштабов компьютеризации зависит от уровня компьютерной грамотности основной части регистрирующихся клиентов, надежности существующей коммуникационной инфраструктуры и оценки предполагаемых доходов, способных покрыть первоначальные капитальные затраты на сооружение компьютерной инфраструктуры в течение разумного периода времени. Общая цель заключается в том, чтобы сделать процесс регистрации и поиска данных в максимально возможной степени простым, прозрачным и доступным в условиях данного государства.

ii. Ответственность за системную ошибку

62. Если система является исключительно электронной, то отсутствует всякий риск операторской ошибки со стороны регистрирующего учреждения, как на этапе регистрации, так и на этапе поиска информации. Ответственность возлагается на регистрирующие стороны и на стороны, осуществляющие поиск. Что касается риска выходы системы их строя, то последствия такой ситуации можно, как правило, уменьшить путем незамедлительного уведомления клиентов и продления любых временных периодов, которые могли истечь в период выхода системы из строя. Если данные регистрации и поиска информации в системе заносятся персоналом регистрирующего учреждения, то существует риск человеческого фактора при переносе и извлечении данных, хотя и в этом случае такой риск можно уменьшить путем установки программ электронных редакторов и обеспечения своевременного возврата клиенту копии регистрационных данных или результатов поиска.

63. Независимо от конструкции системы, необходимо подготовить директивные указания в отношении объема ответственности и пределов ответственности для персонала регистрирующего учреждения или в отношении сбоя регистрационной системы. В качестве компромиссного решения можно было бы выделять определенную часть доходов от регистрации в обязательный компенсационный фонд и установить верхний предел на сумму компенсации, выплачиваемой за любой единичный инцидент.

64. Если допустить, что требование о выплате компенсации предъявлено, то необходимо далее указать, на кого ложится ответственность за ошибку в цепочке, начиная от регистрирующих сторон и кончая третьими сторонами, осуществляющими поиск. Для решения этого вопроса правилами можно предусмотреть, например, что ошибка в предметном указателе, допущенная регистрирующим персоналом, не влияет на публично объявленный статус обеспеченного права за исключением случаев, когда речь идет об обеспеченных кредиторах или покупателях, которые могут подтвердить, что они осуществляли поиск и понесли фактические расходы как результат предпринятых в ущерб себе действий на основе неправильной информации, содержащейся в регистрационной записи.

iv. Регистрационные сборы

65. Высокие сборы за регистрацию и поиск информации, предназначенные скорее всего для извлечения повышенных доходов, чем для компенсации затрат на системы регистрации, равносильны введению налога на обеспеченные сделки, который в конечном итоге ложится бременем на лиц, передающих обеспечительное право. Для поощрения доступа к обеспеченному кредиту при разумных затратах, крайне важно для успеха системы регистрации установить номинальную плату за пользование этой системой, с тем чтобы поощрять использование системы и вместе с тем создать возможность для того, чтобы компенсировать капитальные затраты и расходы на эксплуатацию системы в разумный период времени.

v. Соображения, касающиеся охраны частной жизни и конфиденциальности

66. Система регистрации на основе уведомлений повышает конфиденциальность отношений между лицом, передавшим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором путем лимитирования уровня сведений о взаимоотношениях этих сторон, заносимых в публичный реестр.

67. Тема конфиденциальности поднимает вопрос о том, не следует ли систему организовать таким образом, чтобы облегчить поиск по наименованию обеспеченного кредитора, а также лица, передавшего обеспечительное право. Хотя качество и содержание уведомлений, регистрируемых конкретным финансовым учреждением или другим кредитным юридическим лицом, не имеют отношения к правовой задаче реестра, этот вид информации может иметь рыночную стоимость для одних компаний как источник списков клиентов конкурента, а для других компаний как возможность для сбыта соответствующих финансовых или других продуктов. Хотя дополнительные доходы могут быть привлекательными, извлечение и продажа подобного рода массивов информации непременно подорвет доверие к системе и может также рассматриваться как нарушение законодательства, призванного стоять на страже частной жизни.

g. Вступление приоритета в силу

i. Заблаговременная регистрация

68. Как следствие учреждения реестра обеспеченных сделок возникает проблема коллизии зарегистрированных обеспечительных прав в одном и том же обремененном активе, которая решается в соответствии с общим правилом первой регистрации. Исключения их этого общего правила подробно рассматриваются в главе о приоритете (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 12–17). Однако на данном этапе важно решить вопрос о том, следует ли допускать обеспеченного кредитора к регистрации уведомления об обеспечении еще до фактического заключения соглашения об обеспечении (что равносильно предварительной записи об ипотеке в земельном кадастре).

69. Предварительная регистрация позволяет обеспеченному кредитору установить свой статус по отношению к другим обеспеченным кредиторам без необходимости проверять другие регистрации перед тем, как авансировать средства. Предварительное регистрирование позволяет также избежать риска, при котором регистрация может оказаться недействительной в тех случаях, когда в основном соглашении об обеспечении выявляется техническая ошибка на момент регистрации, но которая затем исправляется, или когда возникают фактические сомнения относительно точного времени заключения соглашения об обеспечении.

70. С точки зрения лица, передавшего обеспечительное право, адекватная защита от риска появления в дальнейшем какого-либо соглашения об обеспечении, может быть гарантирована с помощью мер, аналогичных тем, которые используются в случае несанкционированных регистраций (т.е. с помощью требования, чтобы названное лицо, передавшее обеспечительное право, было проинформировано о любой регистрации, и путем учреждения упрощенной административной процедуры, позволяющей лицу, передающему обеспечительное право, вынудить снятие обременения, если обозначенный обеспеченный кредитор не предпримет действий в рамках разумного периода времени).

ii. Оговорки в отношении приоритета

71. В начальных разделах настоящей главы говорилось о том, что регистрация, возможно, не всегда является оптимальным способом публичности с точки зрения приоритета, как, например, в случае, когда обремененные активы состоят из инвестиционной собственности, публично заявленной путем установления контроля, или когда они подлежат регистрации в реестре правовых титулов или в системе сертификации правовых титулов (см. пункты 17–19 и 26–33).

72. Кроме того, если регистрация, возможно, и является предварительным условием для придания юридической силы обеспечительному праву, то зарегистрированное обеспечительное право не обязательно обладает юридической силой по отношению ко всем категориям третьих сторон. Например, покупатель товарных запасов, проданных в ходе обычных деловых операций продавца, обычно свободно принимает любое обеспечительное право, уступленное продавцом. Аналогичным образом, существование обеспечительного права, как правило, не препятствует осуществлению прав, приобретенных съемщиком или арендатором обремененных активов при условии регистрации обеспечительного права. И, наконец, третьи стороны, которые приобрели право владения кассовой наличностью или оборотными активами по их стоимости в ходе обычной предпринимательской деятельности, как правило, защищены от предшествующего зарегистрированного обеспечительного права.

73. Эти правила подробно рассматриваются в главе о приоритете (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 34–43). Важным моментом для цели настоящей главы является то, что регистрация уведомления об обеспечении отнюдь не препятствует свободе третьих сторон вступить в коммерческие сделки в ходе обычной предпринимательской деятельности с лицом, передавшим обеспечительное право на обремененные активы, не беспокоясь о том, что они должны изучить реестр обеспечительных сделок или что они фактически связаны зарегистрированным обеспечительным правом, о котором им стало известно.

h. Регистрация и принудительное исполнение

74. В некоторых правовых системах обеспеченный кредитор обязан регистрировать уведомление о неплатежеспособности и начале процедуры принудительного исполнения до того, как он получит право осуществить свои меры в рамках процедуры принудительного исполнения в отношении обремененных активов. В других правовых системах регистрация не является предварительным условием для процедуры принудительного исполнения. Вопрос о том, каким подходом следует воспользоваться, зависит частично от того, кто обязан уведомить третьи стороны, обладающие зарегистрированным интересом в обремененных активах, о начале процедуры принудительного исполнения. Если это бремя возложить непосредственно на обеспеченного кредитора, то регистрация может не потребоваться. Если же это бремя возложить на регистратора или какого-то другого публичного должностного лица, то регистрация необходима для того, чтобы соответствующее должностное лицо могло направить уведомление другим зарегистрированным претендентам, заявившим о своих требованиях.

75. Предварительная регистрация предполагаемого действия по принудительному исполнению может помочь уменьшить бремя расследования для коллидирующих как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов, которые рассматривают вопрос о приведении в действие процедуры принудительного исполнения. В противном случае им придется дополнительно опрашивать всех зарегистрированных обеспеченных кредиторов с целью установить, не была ли эта процедура уже приведена в действие кем-нибудь из них. Хотя на практике определенный уровень общения между кредиторами всегда необходим для того, чтобы можно было обеспечить адекватную координацию действий, регистрация, по меньшей мере, предоставит кредиторам возможность сосредоточить свои усилия на проведении опроса (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, пункты …).

i. Распространение действия реестра на необеспеченные сделки

i. Правовой титул и аналогичные механизмы

76. Иногда обеспечительное право можно предоставить через механизм передачи правового титула обеспеченному кредитору на условиях "продажи" или "пользования на началах доверительной собственности" при том понимании, что правовой титул должен быть отозван по выполнении кредитного обязательства, возложенного на покупателя или бенефициара (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты 29–45). Поскольку форма сделки не влияет на смысл применения требования публичности, правовые системы, обладающие современным всеобъемлющим законодательством о сделках с обеспечением, принимают на вооружение широкий подход, который охватывает все типы сделок, действующих как обеспечение обязательства перед кредитором.

77. Однако не только обеспеченные сделки создают проблемы в плане публичности. Существование любого имущественного права сопряжено с риском для третьих сторон, заключающих сделки с очевидным владельцем.

Кроме того, эти другие права могут занизить стоимость приоритетного статуса обеспечительного права до такой степени, что они не будут объявляться публично.

78. Одно из средств решения этих проблем заключается в том, чтобы распространить аналогичное требование публичности, которое применяется к обеспечительным правам, на все коммерческие сделки с движимым имуществом, которые способны создавать серьезные проблемы с точки зрения публичности. На практике это будет означать регистрацию уведомления в реестре обеспеченных сделок в качестве предварительного условия для придания действительности сделке третьей стороны.

79. К наиболее очевидным категориям обычных сделок, которые могут быть сочтены подходящими для такого охвата, относятся:

- купля–продажа материальных активов при условии удержания правового титула в качестве обеспечения продажной цены;
- аренда материальных активов на значительный срок (например, на один год);
- прямая передача денежных требований;
- условие консигнации для продажи материальных активов;
- неконсенсуальное обеспечительное право в движимых активах, созданное на основании действующего законодательства.

80. Более сложным является вопрос о том, должны ли правила приоритета, которые применяются к зарегистрированным обеспечительным правам, применяться и к таким сделкам. Правило первой регистрации имеет очевидную целесообразность там, где уступка требований вступает в коллизию с обеспечительным правом, предоставленным в рамках этих же самых требований. Однако в случае аренды, консигнации или продажи с удержанием правового титула должен быть определен временный порядок очередности с тем, чтобы сохранить правовой титул арендатора, продавца или консигнанта по отношению к ранее зарегистрированным обеспечительным правам, возможно, с предъявлением требования, чтобы регистрация была осуществлена в течение установленного периода времени после сделки. Эти моменты подробно рассматриваются в главе о приоритете (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 21–33).

81. Распространение правил публичности и приоритета, применимых к обеспеченным сделкам, на другие коммерческие операции находит отражение на международном уровне в двух конвенциях: во-первых, в Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, которая расширяет международный реестр, предусмотренный этой Конвенцией, с выходом за пределы обременений с целью включить также соглашения об удержании правового титула в интересах продавцов и договоренностей, касающихся лизинга воздушных судов; и, во-вторых, в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, в соответствии с которой выбор правовых норм, регулирующих вопросы публичности и приоритета, применяется как к прямым уступкам, так и к предоставлению обеспечения в дебиторской задолженности.

ii. Кредиторы по суду

82. Кредиторам по суду может быть предоставлено право регистрации уведомления о судебном решении в реестре обеспеченных сделок, причем в результате регистрации автоматически возникает приоритетный эквивалент общего обеспечительного права в отношении движимых активов должника на

основании решения суда. Такой подход может косвенно содействовать оперативному добровольному погашению задолженностей по решению суда, поскольку его цель заключается в том, чтобы помешать должнику, установленному по решению суда, продать или предоставить обеспечение третьим сторонам, до уплаты суммы долга, установленной судом, и освободить регистрацию от обременения.

83. Если этот подход будет принят, то необходимо будет обеспечить, чтобы право кредитора по суду не вступало в коллизию с принципами урегулирования дела о несостоятельности, требующими равного отношения ко всем необеспеченным кредиторам лица, передавшего обеспечительное право. Этот вопрос может быть решен с помощью правила, в соответствии с которым представитель по делу о несостоятельности автоматически приобретает право на получение любого ранее существовавшего по решению суда права в интересах всех кредиторов (возможно, при условии обеспечении специальной привилегии в пользу зарегистрированного кредитора, объявленного в решении суда, с целью компенсации расходов и предпринятых усилий по регистрации; см. также A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 44–49).

7. Другие способы публичности

84. В некоторых правовых системах вместо публичного реестра предлагается использовать ряд более ограниченных возможностей для регистрации уведомления (например, регистрация уведомления в собственных бухгалтерских книгах лица, передающего обеспечительное право, или в регистрационных книгах нотариального или судебного учреждения или в местных газетах, или в каком-либо правительственном печатном органе). Хотя некоторые из этих средств регистрации уведомлений в достаточной степени снимают озабоченности, связанные с мошенническим проставлением более ранней даты, все же по сравнению с всеобъемлющим реестром обеспеченных сделок, им не достает состояния перманентности и простоты публичного доступа, которые необходимы для обеспечения адекватной защиты третьих сторон.

85. В некоторых правовых системах публичность требуется обеспечить в форме таблички или иного физического уведомления, прикрепляемого к обремененному активу. Надежность такого механизма публичности весьма ограничена ввиду возможности потенциальных злоупотреблений со стороны лица, передающего обеспечительное право. Однако в некоторых рыночных экономиках специализированный характер данного актива и установившаяся промышленная практика, возможно, делают эту форму символического владения приемлемой (например, клеймение домашнего скота).

8. Действительность публично незаявленных обеспечительных прав

a. В отношении лица, передающего обеспечительное право

86. Публичность касается юридической силы обеспечительных прав третьих сторон. Отсюда, по-видимому, вытекает, что публичность не нужна для придания силы обеспечительному праву в отношениях между обеспеченным кредитором и лицом, передающим обеспечительное право.

87. В любом случае для решения большинства вопросов, затрагивающих непосредственные стороны, актуальность взаимоотношения между публичностью и созданием обеспечительного права практически ничтожна. В конце концов, обеспеченный кредитор становится обладателем договорных прав в отношении соответствующих активов с момента заключения соглашения об обеспечении. До тех пор пока лицо, передающее обеспечительное право, является единственной другой стороной–участником, то совершенно неважно,

являются ли права обеспеченного кредитора имущественными или личностными по характеру.

b. В отношении третьих сторон

i. Общие соображения

88. Существуют три возможных способа определения юридической силы публично незаявленного обеспечительного права в отношении третьих сторон. Первый состоит в том, чтобы рассматривать обеспечительные права как имеющие юридическую силу с момента их возникновения при условии обеспечения специальной защиты для особых категорий третьих сторон, например для тех, кто полагается с риском для себя на явное право владельца лица, передающего обеспечительное право. Второй состоит в том, чтобы превратить публичность в абсолютное предварительное условие для придания юридической силы обеспечительным правам третьих сторон. Согласно третьему способу требование публичности предъявляется только в отношении конкретных категорий прав третьих сторон.

89. С учетом разнообразия возможных мер представляется более целесообразным изучить вопрос действительности публично незаявленного обеспечения по отношению к каждой принципиальной категории конкурирующих сторон, заявивших о своих правах.

ii. Конкурирующие обеспеченные кредиторы

90. Если допустить действие непосессорных обеспечительных прав в отношении конкурирующих обеспеченных кредиторов без публичности, то прямые расходы на обеспеченные сделки будут сведены к минимуму и отпадет необходимость в инвестировании средств на создание общего реестра обеспеченных сделок. С другой стороны, публичность предоставляет возможность всем будущим обеспеченным кредиторам более точно оценить степень риска для их приоритетного статуса. В отсутствие публичности они должны полагаться на заверения лица, передающего обеспечительное право, и свои собственные расследования и понимание ситуации. Такое дополнительное бремя расследования может затруднить доступ к кредитам для будущих заемщиков, не имеющих установленного опыта получения кредита, и ограничит конкурентоспособность рынка кредитов.

91. Если публичность необходима, то далее возникает вопрос, сможет ли знание фактической ситуации компенсировать отсутствие публичности. Если да, то публично незаявленное обеспечительное право будет иметь преимущество над публично заявленным обеспечительным правом, приобретенным при полной осведомленности о существовании ранее публично незаявленного обеспечительного права. Такая возможность создает неопределенность и подрывает условия предсказуемости, создаваемые общим правилом публичности, и ценность правила первой регистрации в контексте коллидирующих обеспечительных прав, публично объявленных путем регистрации уведомления в реестре обеспеченных сделок. Кроме того, требование к первому по времени кредитору взять на себя последствия за несоблюдение правила публичности в надлежащий момент исключает необъективность или недобросовестность.

iii. Цессионарии обремененных активов

92. В силу имущественного характера обеспечительных прав можно предположить, что обеспеченный кредитор обладает правом отслеживать активы при их переходе во владение третьей стороны–покупателя, которая приобретает право владения в рамках несанкционированной продажи, организованной

лицом, передающим обеспечительное право ("droit de suite"). В случае отсутствия требования публичности сохранение droit de suite обеспеченного кредитора должно уравновешиваться необходимостью защиты условий определенности сделок по купле–продаже недвижимых активов. Это может потребовать разработки правила защиты правового титула, который приобретается покупателями, которые фактически не знают или даже не могут предполагать о существовании публично незаявленного обеспечительного права. Требование публичности снимает необходимость выбирать между этими двумя значениями. Покупатели могут защитить себя заблаговременно до совершения покупки путем проверки состояния владения или контроля над обремененными активами со стороны лица, передающего обеспечительное право, и путем поиска информации в реестре обеспечительных сделок или в реестре правовых титулов, в зависимости от случая (и покупатели, осуществляющие сделки в рамках обычной предпринимательской деятельности, или добросовестные покупатели и, возможно, другие неискушенные покупатели могут быть освобождены от обязательства регистрации или поиска данных; см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 34–43).

93. Далее вопрос заключается в том, должно ли публично незаявленное обеспечительное право иметь юридическую силу в отношении покупателя, который приобретает обремененный актив, будучи фактически осведомленным об этом факте. Правила приоритета, которые включают положения о фактической осведомленности, требуют фактического расследования субъективного состояния образа мышления, что особенно затруднительно в контексте деятельности корпоративных и других искусственно создаваемых юридических лиц. Такие правила осложняют разрешение споров. В качестве компромиссного решения можно предложить рассматривать публично незаявленное обеспечительное право как не имеющее юридической силы только в отношении таких покупателей, которые приобретают и правовой титул, и статус владельца обремененных активов. Это будет равносильно тому, чтобы рассматривать полученный покупателем статус владения как акт, предваряющий публичность.

iv. Дарополучатели

94. Положение дарополучателя обремененных активов несколько отличается от положения покупателя или другого цессионария, приобретающего имущество на возмездных началах. В силу того, что дарополучатель не расставался со стоимостью активов, не существует объективного свидетельства причинения убытка тем, что он положился на явное необремененное владение лица, передавшего обеспечительное право. По этой причине, возможно, не будет никакого вреда в том, чтобы потребовать от дарополучателя признать ранее состоявшийся факт передачи обеспечения независимо от факта публичности. Этому необходимо противопоставить дополнительные ресурсы по разрешению споров, привлекаемые для урегулирования статуса цессионария и улаживания возможных осложнений, возникающих в результате изменения положения дарополучателя после соответствующего акта дарения.

v. Представители по делам о несостоятельности

95. При отсутствии требования публичности действие обеспечительного права обычно распространяется на представителя по делу о несостоятельности лица, передавшего обеспечительное право, или на кредиторов по суду при условии, что такое обеспечительное право было передано до начала производства по делу о несостоятельности (или до начала действия любого предполагаемого периода, предшествовавшего несостоятельности). Это порой оправдано на том основании, что необеспеченные кредиторы, предоставляя кредит, не полагались на владение необремененными активами лица, передавшего обеспечительное

право. Даже если бы они и полагались на это, то сам факт предоставления кредита без обеспечения предполагает принятие на себя риска уступить требованиям последующих обеспеченных кредиторов.

96. С другой стороны, требование публичности до начала производства по делу о несостоятельности предлагает защиту от мошенничества, когда в обеспечительные документы заносится более ранняя дата. И что еще важнее, это требование снижает расходы по делу о несостоятельности, поскольку оно дает в руки представителю по делу о несостоятельности эффективное средство, позволяющее установить, чьи обеспечительные права предположительно обладают юридической силой (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт 2). Если выйти за рамки официального делопроизводства по делу о несостоятельности, то требование публичности также предоставляет возможность кредиторам по суду до начала дорогостоящей процедуры приведения в исполнение определить факт обременения активов должника уже предоставленным обеспечением (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт 49).

B. Резюме и рекомендации

97. Изъятие обремененных активов из владения лица, передавшего обеспечительное право, является традиционным способом публичного заявления об уступке обеспечительного права в движимых активах другой стороне. Хотя факт изъятия из владения отнюдь не является подтверждением того, что отсутствующие активы регулируются обеспечительным правом, он, тем не менее, служит предостережением третьим сторонам относительно риска, связанного с тем, что лицо, передавшее обеспечительное право, уже больше не обладает необремененным правовым титулом. Однако для получения такого результата изъятие имущества из владения должно быть не фиктивным, а реальным. Если лицо, передавшее обеспечительное право, сохраняет явное право владения, то третьи стороны не защищены.

98. Физически изъять имущество из владения невозможно, если обремененные активы состоят из нематериальных обязательств, которые лицо, передавшее обеспечительное право, имеет перед третьей стороной. Однако функциональный эквивалент изъятия может быть достигнут с помощью уступки права распоряжаться исполнением обязательства, которое третья сторона имеет перед обеспеченным кредитором. Например, право распоряжаться депозитным счетом, открытым в финансовом учреждении или страховой компании, может быть передано путем перевода такого счета на имя обеспеченного кредитора или путем получения согласия депозитного учреждения выполнять указания обеспеченного кредитора.

99. Что касается денежных требований, то обеспеченный кредитор может, как правило, получить право распоряжаться ими путем уведомления третьих сторон, обязанных удовлетворить данное требование, о том, что платеж они должны осуществить непосредственно обеспеченному кредитору. Вместе с тем, возможно, нецелесообразно признавать эту процедуру достаточным актом публичности. В соответствии с таким правилом будущие обеспеченные кредиторы, будущие цессионарии и другие третьи стороны должны будут выяснять факт направления уведомлений предыдущим обеспеченным кредитором с тем, чтобы оценить степень риска для своего приоритета. Такое расследование затруднит обеспеченное финансирование исходя из общих средств лица, передавшего обеспечительное право, состоящих из имеющихся и приобретенных торговых дебиторских задолженностей.

100. Физическое изъятие имущества из владения или уступка права распоряжаться им фактически нереально, если лицу, передавшему обеспечительное право, необходимо и далее пользоваться обремененными

активами в ходе предпринимательской деятельности. Многие государства учредили специальные системы сертификации правового титула или регистрации правового титула для определенных ограниченных категорий дорогостоящих активов, таких как автотранспортные средства, морские суда, летательные аппараты и патенты. Так, где такие системы регистрации существуют, они предлагают приемлемый альтернативный способ публичности, поскольку третьи стороны, осуществляющие сделки с лицом, передавшим обеспечительное право, могут защитить себя сами, сверившись с реестром правовых титулов или изучив записи на сертификате правового титула.

101. Способы публичности на основе правового титула или активов не имеют практического применения в отношении обеспечительных прав в общеродовых средствах в виде существующих и приобретенных позднее активов, таких как товарные запасы или права в конкретных активах, отслеживать правовые титулы, на которые представляется экономически нецелесообразным. В данном случае единственным реальным решением в отношении публичности является учреждение реестра обеспеченных сделок, в котором уведомление об обеспечительном праве может быть зарегистрировано путем ссылки на наименование лица, передавшего обеспечительное право.

102. В случае отсутствия всеобъемлющего реестра обеспеченных сделок бессмысленно требовать публичности в качестве предварительного условия для придания юридической силы обеспечительному праву третьих сторон. Если предположить, что регулирующие имущественные отношения правила соблюдены с целью образования действенного обеспечительного права, то права обеспеченного кредитора по отношению к третьим сторонам будут вместе этого оцениваться исходя из правил приоритета, основанных на принципиальном вопросе о том, какие категории требований третьих сторон следует признать свободными от обеспечительного права, о котором они не знали или не имели возможности узнать.

103. Следовательно, государства, заинтересованные в введении всеобъемлющего реестра обеспеченных сделок с целью развития конкурентоспособных финансовых рынков, должны учредить всеобъемлющий реестр обеспеченных сделок для регистрации уведомлений об обеспечительных правах, с тем чтобы потенциальные обеспеченные кредиторы и третьи стороны имели возможность оценить риск для своих приоритетов с большей долей определенности и предсказуемости. В этом случае в правилах приоритета следует учесть ряд вопросов, а именно:

a) наделяет ли регистрация приоритет преобладающей силой по сравнению с коллидирующим обеспечительным правом, которое было публично заявлено путем процедуры изъятия имущества из владения или передачи права им распоряжаться;

b) наделяет ли публичность приоритет преобладающей силой путем изъятия имущества из владения или уступки права им распоряжаться по сравнению с коллидирующими покупателями и обеспеченными кредиторами на некоторые категории обремененных активов, например, на оборотные документы с целью сохранения способности таких документов к обращению;

c) если обремененные активы покрываются специальным реестром правовых титулов или записью на сертификате правового титула, обладают ли коллидирующие обеспечительные права и другие права третьих сторон, которые заявлены публично с помощью этих механизмов, преимуществом над обеспечительным правом, объявленным публично путем изъятия имущества из владения или путем регистрации в общем реестре обеспеченных сделок;

d) в случае реестра с указателем данных о лицах, передавших обеспечительные права, каким наиболее подходящим является средство решения

конкретных вопросов публичности, с которыми сталкиваются отдаленный цессионарий активов, относящихся к предмету зарегистрированного уведомления, т.е. тот, кто приобретает обремененные активы у преемника правового титула лица, передавшего обеспечительное право. Если обеспеченный кредитор не внес изменение в уведомление с целью добавить наименование цедента, то возникает вопрос: должно ли все-таки обеспечительное право иметь юридическую силу по отношению к цессионарию, который фактически не был осведомлен о сделке. С другой стороны, возникает вопрос о том, должна ли регистрация, основанная на конкретном активе, являться предварительным условием для придания юридической силы обеспечительному праву третьей стороны в обремененных активах, которые обладают относительно высокой стоимостью и на которые существует активный вторичный рынок (например, рынок автотранспортных средств, моторных лодок, жилых автофургонов и т.д.);

e) какие требования предъявляются к юридически действительному зарегистрированному уведомлению. В частности: что представляет собой адекватный идентификационный признак лица, передавшего обеспечительное право, и адекватное обозначение обремененных активов; следует ли в регистрируемом уведомлении указывать максимальную стоимость обязательства, способного служить обеспечением обремененных активов; следует ли определять действующий срок регистрации при условии ее своевременного возобновления путем ссылки на срок, выбранный в зарегистрированном уведомлении, или путем ссылки на стандартный срок, устанавливаемый законодательством; можно ли разрешать регистрацию до фактического заключения любого соглашения об обеспечении; может ли одноразовая регистрация служить публичным объявлением обеспечения, предоставленного в рамках последовательных соглашений об обеспечении, заключаемых между одними и теми же сторонами и охватывающими одни и те же активы;

f) какие имеются средства для защиты лица, передающего обеспечительное право, от несанкционированной или ошибочной регистрации;

g) вправе ли некоторые категории третьих сторон требовать дальнейшей информации о текущем статусе и подробностей о механизме финансирования непосредственно у обеспеченного кредитора, а именно: у совладельцев, необеспеченных кредиторов по суду и представителя по делу о несостоятельности лица, передавшего обеспечительное право;

h) какой является оптимальная политика по вопросам разработки и эксплуатации систем регистрации, в частности по вопросам установления сборов за регистрацию и поиск информации, и какой должна быть протяженность системы компьютеризации;

i) является ли регистрация предварительным условием для придания юридической силы другим непоссессорным сделкам третьих сторон в движимых активах, даже если они не обеспечивают исполнение условий обязательства, например, долгосрочной аренды материальных движимых активов, купли–продажи с удержанием правового титула до уплаты цены, непосредственной уступки нематериальных требований.

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–90
VII. Приоритет	1–90
A. Общие замечания	1–78
1. Понятие приоритета и его значение	1–5
2. Правила приоритета	6–17
a. Правило о приоритете на основании первой регистрации	7–11
b. Приоритет, основывающийся на владении или контроле	12–14
c. Альтернативные правила приоритета	15–17
3. Виды конкурирующих заявителей требований	18–58
a. Другие консенсуальные обеспеченные кредиторы	18
b. Необеспеченные кредиторы	19–20
c. Продавцы обремененных активов	21–33
d. Покупатели обремененных активов	34–43
e. Кредиторы, действующие на основании судебного решения	44–49
f. Статутные (привилегированные) кредиторы	50–53
g. Кредиторы, увеличивающие стоимость обремененных активов или осуществляющие их хранение	54–57
h. Представители в деле о несостоятельности	58–59
4. Приоритет в случае будущих кредитов и имущества, приобретенного впоследствии	60–64
a. Будущие кредиты	60–62
b. Имущество, приобретенное впоследствии	63–64
5. Приоритет в поступлениях	65–73
6. Добровольное изменение приоритета: соглашения о субординации	74–75
7. Роль приоритета до принудительного исполнения	76–77
B. Резюме и рекомендации	78–90

VII. Приоритет

A. Общие замечания

1. Понятие приоритета и его значение

1. Термин "обеспечительное право", используемый в настоящем Руководстве, означает право in rem (т.е. право в имуществе, предоставленное кредитору для

обеспечения платежа или иного исполнения обязательства). Термин "приоритет", с другой стороны, показывает, насколько кредитор может извлечь экономические выгоды в результате преференциального осуществления такого права по сравнению с другими сторонами, предъявляющими требования в отношении того же имущества (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 14, определение "приоритета"). Как отмечается ниже, в число таких конкурирующих заявителей требований могут входить обладатели консенсуальных обеспечительных прав в имуществе, держатели необеспеченного долга, продавцы имущества, покупатели имущества, обладатели неконсенсуальных обеспечительных прав в имуществе (например, обеспечительных прав, возникающих на основании судебных решений или созданных в силу закона) и представитель в деле о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение.

2. Понятие приоритета составляет сердцевину любого действенного правового режима, регулирующего обеспечительные права. Широко признается тот факт, что правило о приоритете необходимо для содействия наличию на рынке разнообразных обеспеченных кредитов по низкой стоимости. Приоритет позволяет лицам, предоставляющим обеспечение, создавать более чем одно обеспечительное право в своих активах, в результате чего они используют всю стоимость своих активов для получения большего числа кредитов, что является одной из основных целей любого эффективного и действенного режима, регулирующего обеспеченные сделки (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 27). Кроме того, если правила о приоритете сформулированы ясно и приводят к предсказуемым результатам, то это позволяет кредиторам, даже необеспеченным, оценить свое положение еще до предоставления кредита и принять меры по защите своих прав, что уменьшает риски, с которыми сталкиваются кредиторы, а следовательно позитивно сказывается на наличии и стоимости кредита.

3. Кредитор обычно предоставляет кредит на основе стоимости конкретного имущества только в том случае, если он в состоянии установить с высокой степенью определенности во время предоставления им кредита, насколько другие требования будут иметь более высокий статус по сравнению с его обеспечительным правом в данном имуществе. При этом анализе наиболее важный вопрос для кредитора заключается в том, каким будет его приоритет в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, особенно когда предполагается, что обремененный актив является основным или единственным источником получения платежа для данного кредитора. Если кредитор сталкивается с неопределенностью в отношении своего приоритета во время оценки и решения вопроса о том, следует ли предоставлять кредит, то данный кредитор в меньшей степени может полагаться на такой обремененный актив. Такого рода неопределенность может увеличить стоимость кредита, чтобы отразить меньшую стоимость обремененного актива для кредитора, и может даже привести к тому, что кредитор вообще откажется предоставлять кредит.

4. Чтобы свести к минимуму такую неопределенность, крайне важно, чтобы законодательство об обеспеченных сделках включало ясные правила приоритета, гарантирующие предсказуемость. Существование таких правил, наряду с действенными механизмами определения и установления приоритета во время предоставления кредита, может иметь для кредиторов столь же важное значение, как и конкретное содержание самих правил приоритета. Для кредитора зачастую может быть приемлема такая ситуация, когда отдельные конкурирующие заявители имеют более высокий приоритет, но он знает, что в конечном итоге он сможет реализовать достаточную стоимость из общего объема обремененных активов для того, чтобы возвратить свои деньги в случае неплатежа лицом, предоставившим обеспечение. Например, кредитор может быть готов дать кредит лицу, предоставляющему обеспечение, под стоимость существующих и

будущих инвентарных запасов данного лица даже тогда, когда такие инвентарные запасы являются объектом ранее возникших требований продавца, который осуществил продажу этих инвентарных запасов этому лицу, или же управляющего складскими помещениями, который осуществлял хранение этих инвентарных запасов для лица, предоставившего обеспечение, если этот кредитор может определить, что даже после платежа по таким требованиям данные инвентарные запасы могут быть проданы или реализованы иным образом за сумму, достаточную для погашения в полном объеме его обеспеченного обязательства. Разумеется, хотя настоящее Руководство посвящено в первую очередь консенсуальным обеспечительным правам, действенный правовой режим, регулирующий обеспеченные сделки, должен также предусматривать правила урегулирования связанных с приоритетом коллизий между консенсуальными и неконсенсуальными обеспечительными правами.

5. Важно отметить, что независимо от того, какое правило о приоритете действует в той или иной стране, оно будет иметь смысл только в том случае, если применимые коллизионные нормы предусматривают, что регулирование осуществляется на основании такого правила о приоритете. Этот вопрос обсуждается в главе X (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, пункты …).

2. Правила приоритета

6. В настоящем разделе рассматриваются различные возможные подходы к определению приоритета. Важно отметить, что в рамках одной правовой системы вполне могут сосуществовать несколько таких правил, поскольку они могут применяться к урегулированию различных споров, связанных с приоритетом.

a. Правило о приоритете на основании первой регистрации

7. Как отмечалось выше (см. пункты 2–4), для эффективного содействия наличию кредитов по низкой стоимости следует рассмотреть вопрос об установлении таких правил приоритета, которые позволяют лицам, предоставляющим обеспечение, использовать всю стоимость своих активов для получения кредита, а кредиторам устанавливать свой приоритет с максимальной степенью определенности во время предоставления ими кредитов. Как указывается в главе V (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …), одним из наиболее эффективных способов обеспечения такой определенности, по крайней мере в случае непосессорных обеспечительных прав, является установление приоритета с помощью системы публичной регистрации.

8. Во многих странах, в которых имеется надежная система регистрации, приоритет обычно определяется порядком регистрации, причем он предоставляется на основании самой первой регистрации (что часто называют "правилом о приоритете на основании первой регистрации"). В некоторых правовых системах это правило применяется даже в том случае, если одно или несколько требований, касающихся создания обеспечительного права, не были выполнены во время регистрации, что избавляет кредитора от необходимости еще раз вести поиск данных в системе регистрации после выполнения всех остальных требований, касающихся создания такого права. Это правило обеспечивает для кредитора определенность в том, что после регистрации им уведомления о своем обеспечительном праве никакая другая регистрация, не считая весьма ограниченного числа исключений, рассматриваемых в разделе A.3 ниже, не даст приоритета над его обеспечительным правом. Эта определенность позволяет кредиторам оценивать приоритет своих требований с большой степенью уверенности и в результате уменьшать свои кредитные риски. Другие существующие или потенциальные кредиторы также защищены, поскольку

такая регистрация позволяет им узнать о существовании обеспечительного права или возможного обеспечительного права, и они могут в таком случае принять защитные меры. Несмотря на вышеизложенное, правило о приоритете на основании первой регистрации обычно не применяется в случае обеспечительных прав в отношении покупной цены, которые рассматриваются в разделе A.3.c. ниже, или в случае статутных, т.е. привилегированных кредиторов, о которых идет речь в разделе A.3.f. ниже.

9. Это правило о приоритете на основании первой регистрации проиллюстрировано в примерах 2 и 3 (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 18 и 23). В этих примерах и заимодатель B, и заимодатель C обладают обеспечительным правом во всех существующих и приобретенных впоследствии инвентарных запасах и дебиторской задолженности компании "Агрико". В соответствии с правилом о приоритете на основании первой регистрации заимодатель, который зарегистрировал уведомление о своем обеспечительном праве в инвентарных запасах и дебиторской задолженности первым, будет обладать приоритетом над обеспечительным правом другого заимодателя, независимо от момента времени, в который были выполнены все другие требования, касающиеся создания обеспечительного права каждого заимодателя.

10. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что если регистрация производится в течение определенного "льготного периода" после даты создания обеспечительного права, то приоритет будет основываться на данной дате создания обеспечительного права, а не на дате регистрации. Таким образом, обеспечительное право, созданное первым, но зарегистрированное вторым, может все же обладать приоритетом над обеспечительным правом, которое было создано вторым, но зарегистрировано первым, если первое обеспечительное право зарегистрировано в течение применимого льготного периода. В результате этого до истечения льготного периода дата регистрации не является надежным критерием установления статуса приоритета кредитора, что, таким образом, порождает значительную неопределенность. В тех правовых системах, в которых не предусматриваются такие льготные периоды, кредиторы не оказываются в неблагоприятном положении, поскольку они могут всегда защитить себя посредством своевременной регистрации. Поэтому, чтобы не нарушать определенности, которая достигается благодаря применению правила о приоритете на основании первой регистрации, в законодательстве некоторых стран ограничивается использование льготных периодов редкими обстоятельствами, предполагающими их применение в таких особых случаях, как i) создание обеспечительных прав в отношении покупной цены оборудования (см. пункты 21–29), ii) ситуации, когда регистрацию по техническим причинам невозможно произвести до или одновременно с созданием обеспечительного права или iii) когда разницу во времени между созданием и регистрацией обеспечительного права невозможно свести к минимуму за счет использования электронных и других методов регистрации.

11. Установление статуса приоритета на основании времени регистрации может применяться даже тогда, когда кредитор приобретает свое обеспечительное право и при этом фактически знает о существовании незарегистрированного обеспечительного права. Ограничения, основывающиеся на таком знании, требуют проведения фактологического расследования и сопряжены с возможностью оспаривания регистрации, что порождает новые основания для судебной тяжбы и ставит под сомнение результаты регистрации. Все это уменьшает определенность в отношении статуса приоритета и тем самым снижает действенность и эффективность такой системы. Как и в случае льготных периодов, при этом подходе отсутствует несправедливость по отношению к обеспеченным кредиторам, поскольку они могут всегда защитить себя посредством своевременной регистрации.

b. Приоритет, основывающийся на владении или контроле

12. Как отмечается в главе III и главе V (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, пункты 5–14, и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …), посессорные обеспечительные права традиционно являются важным компонентом законодательства об обеспеченном кредитовании большинства стран. В признание этого даже в некоторых правовых системах, где действует правило о приоритете на основании первой регистрации, приоритет может быть также установлен на основании даты получения кредитором своего обеспечительного права посредством владения или контроля без какого-либо требования регистрации. В этих системах приоритет часто предоставляется тому кредитору, который первым либо зарегистрировал уведомление о своем обеспечительном праве в системе регистрации, либо получил обеспечительное право посредством владения или контроля.

13. В случае отдельных категорий обремененных активов кредиторы зачастую требуют передачи таких активов в их владение или под их контроль, чтобы предотвратить несанкционированное их использование лицом, предоставившим обеспечение (например, сертифицированных инвестиционных ценных бумаг или таких товарораспределительных документов, как транспортные накладные и квитанции на груз, принятый на хранение). Приоритет обеспечительного права в активах такого рода можно установить либо путем вступления во владение ими или взятия их под контроль, либо путем регистрации. Обеспечительное право, которое становится действительным ("формализовано") в отношении третьих сторон посредством владения или контроля, имеет приоритет над обеспечительным правом, формализованным только путем регистрации, даже если регистрация была произведена раньше. За исключением редких обстоятельств, подобных упомянутому, в странах, имеющих систему регистрации, не допускается, чтобы одновременно с правилом приоритета на основании первой регистрации сосуществовали какие-либо альтернативные системы установления приоритета.

14. В правовых системах, в которых приоритет может быть установлен путем регистрации, владения или контроля, возникает вопрос о том, следует ли разрешать обеспеченному кредитору, который первоначально установил приоритет с помощью одного из этих методов, прибегать к другому методу без потери первоначального статуса своего приоритета в отношении обремененных активов. В принципе нет возражений против того, чтобы разрешить кредитору сохранить свой приоритет, при условии, что при этом не образуется разрыва в непрерывности регистрации, владения или контроля, т.е. чтобы в отношении конкретного обеспечительного права все время применялся какой-либо один метод установления приоритета.

c. Альтернативные правила приоритета

15. В некоторых правовых системах приоритет устанавливается на основе даты создания обеспечительного права в отличие от даты регистрации (еще один вид правила первоочередности). Этот подход используется в законодательстве некоторых стран, которые допускают создание непосессорных обеспечительных прав, но не создали надежной или вообще какой-либо системы регистрации. В этих странах кредитор, как правило, проверяет существование или отсутствие конкурирующих требований, полагаясь на заверения лица, предоставляющего обеспечение, или информацию, имеющуюся на рынке.

16. В других правовых системах в отношении таких активов, как дебиторская задолженность, приоритет устанавливается исходя из того момента, когда должники по дебиторской задолженности ("должники по счетам") уведомляются о существовании обеспечительного права. Как и механизм, описанный в предыдущем и последующих пунктах, эта система также не способствует

предоставлению обеспеченных кредитов по низкой стоимости, поскольку она не позволяет кредитору во время предоставления кредита с достаточной степенью определенности установить, существуют ли какие-либо конкурирующие обеспечительные права. Однако, когда речь идет об обеспечительных правах в дебиторской задолженности, даже если уведомление должников по счетам не является условием для того, чтобы обеспечительные права такого рода были действительными в отношении третьих сторон, уведомление все равно может быть полезным в таких случаях, как выполнение обязательств должника по счетам посредством платежа соответствующему лицу или принудительная реализация в отношении должника по счетам, даже в правовых системах стран, в которых действует система регистрации.

17. Соглашения об удержании правового титула являются одним из основных примеров обеспечительных прав, на которые не распространяется требование о регистрации в правовых системах большинства стран, которые признают такие соглашения и которые не имеют всеобъемлющего режима, регулирующего обеспеченные сделки (т.е. режима, в котором такие права рассматриваются как обеспечительные права, подлежащие регистрации). Утверждается, что в этих странах такая система не только проста, но и экономична, поскольку соглашение об удержании правового титула, как правило, не предусматривает начисления процентов. Однако тот факт, что такая система действует в некоторых странах, вовсе не означает, что она может использоваться в качестве полезной типовой модели. Во-первых, какой-либо единой модели не существует, поскольку между странами, которые применяют эту систему, существуют большие различия (по крайней мере, в одной стране на соглашения об удержании правового титула распространяется требование о регистрации). Во-вторых, в этом случае исключается конкуренция с другими потенциальными кредиторами в силу того, что в некоторых странах соглашения об удержании правового титула могут заключать только поставщики. В-третьих, хотя такие соглашения зачастую и не предполагают начисления процентов, в отсутствие конкуренции кредиты могут быть более дорогостоящими, поскольку, хотя это и не отражено в процентных выплатах, более высокая стоимость кредита может быть заложена в цену товаров. И наконец, хотя такие системы могут быть весьма эффективными в странах, где существует сложившая кредитная экономика, общепризнано, что применение регистрации, основанной на принципе очередности, является наиболее эффективным способом быстрого внедрения кредитной экономики в стране, где такая экономика отсутствует.

3. Виды конкурирующих заявителей требований

a. Другие консенсуальные обеспеченные кредиторы

18. Как отмечается выше (см. пункты 2–4), многие правовые системы разрешают лицу, предоставляющему обеспечение, создавать более чем одно обеспечительное право в одном и том же активе, основывая относительный приоритет таких обеспечительных прав на правиле о приоритете (первая регистрация или иной способ), действующем в таких системах, или на соглашении кредиторов (см. пункты 76–77). Разрешение создавать таким образом многочисленные обеспечительные права в одном и том же активе позволяет лицу, предоставляющему обеспечение, использовать стоимость, заложенную в активе, для получения кредитов из многих источников и тем самым в полной мере задействовать потенциал заимствования, присущий этому активу.

b. Необеспеченные кредиторы

19. Лицо, предоставляющее обеспечение, зачастую имеет долги, не обеспеченные соответствующими правами. Эти общие необеспеченные

требования часто составляют основную массу непогашенных обязательств такого лица.

20. Хотя иногда ставится под сомнение справедливость предоставления обеспеченным кредиторам приоритета по сравнению с необеспеченными кредиторами, общепризнано, что это необходимо для содействия наличию обеспеченных кредитов. Необеспеченные кредиторы могут предпринимать шаги по защите своих интересов, например, следить за статусом кредита, требовать предоставления обеспечения в определенных случаях, начислять проценты по просроченной задолженности или уменьшать сумму своих требований до суммы, предусмотренной судебными решениями (как указывается в разделе A.3.e. ниже), в случае неплатежа. Кроме того, получение обеспеченного кредита может увеличивать капитал лица, предоставившего обеспечение, что во многих случаях дает преимущество необеспеченным кредиторам в результате увеличения вероятности того, что необеспеченный долг будет возвращен. Таким образом, чрезвычайно важный элемент эффективного режима обеспеченного кредитования заключается в том, что обеспеченные требования, права на которые получены надлежащим образом, обладают приоритетом над общими необеспеченными требованиями. И наконец, во многих правовых системах некоторые категории кредиторов, которые в ином случае были бы необеспеченными, пользуются особым статутным приоритетом (как говорится об этом в разделе A.3.f ниже).

c. Продавцы обремененных активов

i. Обеспечительные права в отношении покупной цены

21. Обычно лицо, предоставляющее обеспечение, приобретает свои активы путем их покупки. Если покупка производится в кредит, предоставленный продавцом, или финансируется заимодателем ("финансирование покупной цены"; см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 16–18, и A/CN.9/WG.VI/WP.9/ Add.1, пункты …), а продавец или заимодатель получает обеспечительное право в приобретенных товарах для обеспечения финансирования покупной цены, то встает вопрос о приоритете таких прав по отношению к обеспечительным правам в этих же товарах, удерживаемых другими сторонами.

22. Признавая, что финансирование покупной цены является эффективным средством предоставления предприятиям капитала, необходимого для приобретения конкретных товаров, многие правовые системы предусматривают, что обладатели обеспечительных прав в отношении покупной цены имеют приоритет по сравнению с другими кредиторами (включая кредиторов, которые раньше зарегистрировали обеспечительное право в данных товарах) в отношении товаров, приобретенных за счет поступлений от финансирования покупной цены, если уведомление о создании такого обеспечительного права зарегистрировано в течение соответствующего времени (что в случае определенных категорий активов может предусматривать наличие "льготного периода").

23. Такой усиленный приоритет (иногда называемый "суперприоритетом") представляет собой существенное исключение из правила о приоритете на основании первой регистрации, которое рассматривается в разделе A.2.a выше, что имеет важное значение для содействия финансированию покупной цены. Как указывается в примерах 2 и 3 (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 23 и 26), предприятия зачастую предоставляют обеспечительные права во всех или некоторых своих существующих или приобретаемых впоследствии инвентарных запасах и оборудовании для получения финансирования. В этих ситуациях если обеспечительные права в отношении покупной цены не получают усиленного приоритета, то те, кто финансирует покупную цену, не

смогут основательно полагаться на свои обеспечительные права, поскольку их статус будет более низким, чем статус существующих обеспечительных прав. В примере 1 (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 18–20) продавец A, заимодатель A и арендодатель A вряд ли пожелают финансировать покупную цену, если статус их обеспечительных прав в финансируемых товарах будет более низким, чем статус существующих обеспечительных прав заимодателя B в примере 2 и заимодателя C в примере 3.

24. Предоставление усиленного приоритета обеспечительным правам в отношении покупной цены, как правило, не считается ущемляющим интересы других кредиторов лица, предоставившего обеспечение, поскольку финансирование покупной цены не уменьшает стоимости совокупного имущества (т.е. чистых активов или чистой стоимости) лица, передавшего право, а, напротив, увеличивает его стоимость за счет новых активов в обмен на обязательства в отношении покупной цены. Например, положение с точки зрения обеспечения заимодателей B и C в примерах 2 и 3 не ухудшается в результате финансирования покупной цены, поскольку эти заимодатели продолжают располагать своими обремененными активами, а также обеспечительным правом, статус которого ниже, чем статус обеспечительного права в отношении покупной цены в новых товарах, финансируемых на основании сделки кредитования покупной цены.

25. Чтобы поощрять наличие кредита для финансирования покупной цены и не подрывать при этом общей системы обеспеченных кредитов, важно, чтобы усиленный приоритет, предоставляемый обеспечительным правам в отношении покупной цены, применялся только к товарам, приобретенным за счет такого финансирования, а не к каким-либо другим активам лица, предоставившего обеспечение.

26. В одних правовых системах обеспечительные права в отношении покупной цены не подлежат регистрации (теоретически продавцы товара могут оказаться неопытными сторонами, от которых не следует ожидать регистрации или поиска зарегистрированных прав в реестре). Однако в других правовых системах на обеспечительные права в отношении покупной цены распространяется требование регистрации, что имеет своей целью исключить такую ситуацию, при которой другие кредиторы могут ошибочно полагаться на активы, которые уже являются объектом обеспечительных прав в отношении покупной цены (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты ...).

27. С точки зрения конкурирующего кредитора было бы удобно, если бы уведомление о таких обеспечительных правах подлежало регистрации во время их получения. Это означало бы, что любой кредитор может проверить в системе регистрации и точно определить, являются ли существующие активы лица, предоставляющего обеспечение, объектом обеспечительных прав в отношении покупной цены. Однако для содействия финансированию непосредственно в секторах купли–продажи и лизинга некоторые страны предусматривают льготный период для регистрации обеспечительных прав в отношении покупной цены в случаях, когда обремененными активами является оборудование. Чтобы справедливо уравновесить конкурирующие интересы, такой льготный период должен быть достаточно продолжительным, чтобы выполнение требования о регистрации не было чрезмерно обременительным для поставщиков, финансирующих покупную цену, но не настолько продолжительным, чтобы другие обеспеченные кредиторы длительное время не имели возможности проверить в реестре, существуют ли какие-либо конкурирующие обеспечительные права.

28. Такой льготный период, как правило, не применяется к связанным с покупной ценой обеспечительным интересам в инвентарных запасах. Так, чтобы получить суперприоритет обеспечительного права в инвентарных запасах в

правовых системах некоторых стран, держатель такого обеспечительного права должен помимо регистрации направить уведомление об этом обеспечительном праве другим держателям обеспечительных прав. В пользу требования такого уведомления выдвигается аргумент о том, что существующих поставщиков, финансирующих закупку инвентарных запасов, следует уведомить об обеспечительных правах в отношении покупной цены, с тем чтобы они не предоставляли дополнительных кредитов под имеющиеся инвентарные запасы должника, ошибочно полагая, что они будут пользоваться приоритетом в таких инвентарных запасах. В противном случае, чтобы исключить такую опасность, они должны ежедневно проверять реестр перед тем, как предоставить каждый новый кредит под инвентарные запасы, с тем чтобы убедиться, что на эти инвентарные запасы не распространяется действие других объявленных прав, связанных с финансированием покупной цены (что может существенно повысить стоимость такого финансирования), но даже ежедневная проверка реестра не устраняет такой опасности, если применительно к регистрации обеспечительных прав в отношении покупной цены устанавливается льготный период.

29. Важный стратегический выбор, который необходимо сделать при установлении суперприоритета для финансирования покупной цены, состоит в том, следует ли такой приоритет предоставлять только продавцам товара или же его следует распространить на банки и других кредиторов, которые финансируют приобретение товаров. Доводы в пользу ограничения приоритета продавцами носят, как правило, историческую окраску и состоят в том, что финансирование поставщиков (т.е. в виде соглашений об удержании правового титула) формировалось как недорогостоящая и эффективная альтернатива банковскому финансированию. Главный аргумент в пользу распространения приоритета на банки и других кредиторов заключается в том, что такой равный режим способствует повышению конкуренции, что в свою очередь окажет позитивное воздействие как на наличие, так и на стоимость кредита.

ii. Требования о возвращении

30. Во многих правовых системах поставщик, который продает товары в необеспеченный кредит, может требовать возвращения этих товаров от покупателя в течение определенного установленного срока (известного под названием "период возвращения"). Такое возвращение становится возможным после того, как поставщик обнаружил, что в отношении покупателя возбуждено производство о несостоятельности или что покупатель так или иначе является несостоятельным. После возвращения товаров продавцу договор купли–продажи, в соответствии с которым товары первоначально были проданы покупателю, как правило, считается расторгнутым.

31. Хотя из соображений защиты своих интересов поставщик хотел бы, чтобы период возвращения был как можно более продолжительным, другие кредиторы не склонны будут предоставлять кредиты под активы, в отношении которых могут быть выдвинуты требования о возвращении. Кроме того, если поставщика действительно волнуют кредитные риски, он может настоять на создании обеспечительного права в отношении покупной цены в товарах, которые он поставляет в кредит. Поэтому, хотя требование о возвращении товара является важным для поставщиков в том смысле, что они таким образом могут иметь некоторые права в товарах, которые они поставляют в необеспеченный кредит, период возвращения должен быть непродолжительным (не более 30–45 дней), с тем чтобы это не препятствовало заимствованию в целом.

32. Важный стратегический вопрос состоит в том, должны ли требования о возвращении, касающиеся конкретных товаров, иметь приоритет над ранее существовавшими обеспечительными правами в тех же товарах. Иными

словами, если на инвентарные запасы покупателя, в том числе товары, которые являются предметом требования о возвращении, распространяются действительные обеспечительные права в пользу третьей финансирующей стороны, эти испрашиваемые товары должны быть возвращены продавцу не обремененными такими обеспечительными правами. В некоторых правовых системах требование о возвращении имеет обратную силу, в результате чего продавец оказывается в том же положении, в каком он был до продажи товара (т.е. он получает товары, которые не обременены никакими обеспечительными правами в пользу кредиторов продавца). Однако в других правовых системах на товары продолжает распространяться действие ранее существовавших обеспечительных прав на том основании, что любое иное решение будет несправедливым по отношению к ранее существовавшему кредитору продавца, который рассчитывал на наличие таких товаров при предоставлении кредитов, а также породит неопределенность и тем самым будет сдерживать финансирование покупки инвентарных запасов.

33. В правовых системах многих стран требования о возвращении конкретных товаров теряют силу в тот момент, когда эти товары включаются в другие товары в процессе производства или каким-либо иным образом утрачивают свою идентичность.

d. Покупатели обремененных активов

34. Лицо, предоставившее обеспечение, может также продать активы, на которые распространяется действие существующих обеспечительных прав. В этой ситуации покупатель заинтересован в получении активов свободными и не обремененными какими-либо обеспечительными правами, тогда как существующий обеспеченный кредитор заинтересован в сохранении своего обеспечительного права в проданных активах. Важно, чтобы правило о приоритете учитывало интересы как одной, так и другой стороны и чтобы здесь было найдено взвешенное решение. Если право обеспеченного кредитора ставится под угрозу всякий раз, когда лицо, предоставившее обеспечение, продает обремененные активы, ценность таких активов как обеспечения существенно уменьшится, что отрицательно скажется на наличии недорогого кредита, основанного на стоимости таких активов.

35. Иногда утверждается, что обеспеченному кредитору нечего опасаться продажи активов, свободных от обеспечительного права, пока обеспеченная сторона удерживает обеспечительное право в поступлениях от продажи. Однако это может и не защищать интересов обеспеченного кредитора, поскольку поступления от продажи зачастую не представляют для него той ценности, какую представляют первоначальные обремененные активы. Во многих случаях поступления в качестве обеспечения могут иметь малую ценность или вовсе не иметь никакой ценности для кредитора (например, дебиторская задолженность, которую невозможно получить). В других случаях кредитору может быть трудно идентифицировать поступления, и в результате его право требования в отношении таких поступлений может оказаться иллюзорным. Существует также риск того, что поступления, даже если они представляют ценность для обеспеченного кредитора, могут быть растрачены получившим их продавцом, в результате чего кредитор остается ни с чем.

i. Принцип, основанный на обычной предпринимательской деятельности

36. В правовых системах стран применяются различные принципы для уравновешивания интересов обеспеченных кредиторов и покупателей обремененного имущества у предоставивших обеспечение лиц, во владении которых это имущество находится. Один из принципов, используемых в

юрисдикции многих стран, предусматривает, что в результате продажи обремененных активов в виде инвентарных запасов, произведенной лицом, предоставившим обеспечение в рамках своей обычной предпринимательской деятельности, любые обеспечительные права, которые обеспеченный кредитор имел в этих активах, автоматически и без каких-либо дальнейших действий со стороны покупателя, продавца или обеспеченного кредитора, аннулируются. Как следствие из этой нормы вытекает, что продажа инвентарных запасов, произведенная за рамками обычной предпринимательской деятельности лица, предоставившего обеспечение, не приводит к аннулированию обеспечительных прав, и обеспеченный кредитор может в случае неисполнения обязательств лицом, предоставившим обеспечение, принудительно реализовать свое обеспечительное право в отношении активов, находящихся во владении покупателя (разумеется, кроме тех случаев, когда обеспеченный кредитор дал свое согласие на продажу).

37. Утверждается, что такой принцип обеспечивает простую и транспарентную основу для определения того, свободны ли продаваемые товары от обеспечительных прав. Например, в случае автомагазина продажа автомобиля покупателю явно представляет собой продажу инвентарных запасов в рамках обычной предпринимательской деятельности продавца, и покупатель автоматически получает автомобиль свободным от каких-либо обеспечительных прав в пользу кредиторов продавца. С другой стороны, произведенную продавцом продажу большого числа автомобилей оптом другому продавцу можно считать выходящей за рамки обычной предпринимательской деятельности продавца. Этот принцип соответствует той коммерческой посылке, что лицо, предоставившее обеспечение, продает свои инвентарные запасы товара (и, по существу, он обязан продавать их, чтобы оставаться жизнеспособным) и что покупатель товаров получает их свободными от существующих обеспечительных прав. Без такой посылки способность лица, предоставившего обеспечение, продать товары в рамках своей обычной предпринимательской деятельности может быть серьезно подорвана, так как покупатели вынуждены будут заниматься расследованием требований в отношении этих товаров до их покупки. Это приведет к значительному росту расходов по сделке и серьезно затруднит обычную процедуру заключения сделок.

38. Для содействия такой передаче товара в рамках обычной деятельности в правовых системах многих стран предусматривается, что покупатели в результате таких сделок получают товары свободными от каких-либо обеспечительных прав, даже если покупатель фактически знал о наличии обеспечительного права. В то же время в некоторых странах действие этого исключения ограничивается, если покупатель знал, что продажа произведена в нарушение договоренности между продавцом и кредитором о том, что такие товары не должны продаваться без согласия кредитора.

39. В случае продажи товара за пределами рамок обычной предпринимательской деятельности лица, предоставившего обеспечение, если обеспечительное право кредитора подлежит регистрации в надежной и легкодоступной системе регистрации, то покупатель может защищать себя, проверив в системе регистрации, является ли приобретаемый актив объектом обеспечительного права, и если да, стремиться к лишению обеспеченного кредитора обеспечительного права. Можно было бы рассмотреть вопрос о том, необходимо ли исключить из сферы действия этого правила любые предметы низкой стоимости, поскольку расходы на поиск потенциальных покупателей могут и не быть оправданными в случае таких предметов. С другой стороны, можно утверждать, что если какой-либо предмет действительно имеет низкую стоимость, то маловероятно, чтобы обеспеченный кредитор принудительно реализовывал свое обеспечительное право в отношении такого актива,

находящегося в распоряжении покупателя. Кроме того, определение того, какие предметы имеют достаточно низкую стоимость, чтобы быть исключенными, привело бы к произвольному установлению пределов, которые пришлось непрерывно пересматривать с учетом колебаний стоимости в результате инфляции и действия других факторов. По этой причине, видимо, лучше не устанавливать такого исключения.

40. В некоторых странах, имеющих систему регистрации, поиск в которой может вестись только по наименованию лица, предоставившего обеспечение, а не по описанию обремененных активов, покупатель, который приобретает эти активы у продавца, который ранее приобрел эти активы у лица, предоставившего обеспечение ("последующие приобретатели"), получает эти активы свободными от обеспечительных прав, предоставленных таким лицом. Этот подход используется потому, что любому последующему приобретателю было бы трудно установить факт существования обеспечительного права, предоставленного предыдущим собственником обремененных активов. Во многих случаях последующие приобретатели не осведомлены о том, что предыдущий собственник когда-либо владел таким активом, и, соответственно, у них нет оснований проводить поиск для выявления предыдущего собственника.

41. Возможным недостатком подхода, основанного на обычной предпринимательской деятельности, является то, что покупателю (особенно в международной торговле) не всегда может быть ясно, какие продажи могут производиться в ходе обычной предпринимательской деятельности продавца. Другой возможный недостаток может заключаться в том, что, если эта норма применяется только к продаже инвентарных запасов, но никаких иных товаров, покупатель может испытывать неопределенность в отношении того, являются ли товары, которые он покупает, инвентарными запасами с точки зрения продавца. С другой стороны, следует отметить, что в обычных отношениях "покупатель–продавец" весьма вероятно, что покупателям известно, каким родом деятельности занимается продавец. Кроме того, этот подход действительно позволяет учитывать необходимость осуществления лицом, предоставившим обеспечение, своей обычной деятельности, не подрывая при этом принципов обеспеченного кредитования и не создавая излишних сложностей. К тому же эти возможные недостатки не относятся к розничной торговле (где продажа считается обычной предпринимательской деятельностью продавца и покупателю не нужно заглядывать в реестр), да и в других ситуациях покупатели могут защитить себя, оговорив с продавцами (и их обеспеченными кредиторами) возможность получения активов, свободных от каких-либо обеспечительных прав.

ii. Принцип добросовестности

42. В некоторых правовых системах применяется иной подход к этой проблеме, который предполагает, что покупатель получает товары свободными от каких-либо обеспечительных прав, если он покупает их "добросовестно" (т.е. не располагая фактическими или конкретными знаниями о существовании обеспечительных прав). Один из аргументов в пользу этого принципа состоит в том, что "добросовестность" – это понятие, известное во всех правовых системах, и накоплен значительный опыт ее применения как на национальном, так и международном уровнях. Утверждается также, что должна существовать презумпция того, что покупатель действует добросовестно, если не доказано обратного.

43. Может существовать целый ряд подходов, в которых делается попытка объединить принципы "добросовестности" и "обычной предпринимательской деятельности". Один из таких подходов может предполагать, что главным критерием должна быть проверка на предмет "обычной предпринимательской

деятельности", но в ситуации "последующего приобретателя", о которой идет речь выше (см. пункт 40), должна применяться проверка на "добросовестность". В этом случае последующий приобретатель получает товар свободным от обеспечительных прав, созданных стороной, у которой его непосредственный продавец купил товар, если этот приобретатель не располагал фактическими или конструктивными знаниями о наличии обеспечительных прав. Хотя этот принцип может непреднамеренно породить возможности для злоупотреблений, поскольку лицо, предоставившее обеспечение, может свести на нет права обеспеченного кредитора посредством продажи товара за рамками обычной предпринимательской деятельности какой-либо стороне, которая впоследствии продаст этот же товар в ходе обычной предпринимательской деятельности, имеются веские стратегические основания для защиты последующих приобретателей. Одним из методов защиты обеспеченных кредиторов в данных обстоятельствах является установление ответственности лица, предоставившего обеспечение и действующего таким обходным маневром, за возмещение ущерба, причиненного обеспеченному кредитору.

e. Кредиторы, действующие на основании судебного решения

44. Во многих правовых системах обеспечительное право распространяется на определенные категории кредиторов, которые, как считается, заслуживают такого права. Например, правовые системы многих стран предусматривают, что после того, как общие необеспеченные кредиторы уменьшили сумму своих требований до размера, предусмотренного судебным решением, и приняли конкретные меры, предписанные законом (например, изъяли конкретное имущество или зарегистрировали судебное решение), таким кредиторам предоставляется эквивалент обеспечительного права в этом имуществе.

45. Кредиторам, действующим на основании судебного решения, предоставляется приоритет по сравнению с другими необеспеченными кредиторами в порядке признания тех законных мер, которые они приняли для обеспечения исполнения своих требований. Это несправедливо по отношению к другим общим необеспеченным кредиторам, поскольку они имеют такое же право на уменьшение суммы своего требования до размера, предусмотренного судебным решением. Чтобы избежать наделения кредиторов, действующих на основании судебного решения, чрезмерными полномочиями, в правовых системах, где один кредитор может возбудить производство по делу о несостоятельности, законы о несостоятельности предусматривают, что обеспечительные права, возникшие на основании судебных решений, вынесенных в течение конкретного периода времени до начала процедур несостоятельности, могут быть отклонены представителем по делу о несостоятельности.

46. В случае, когда кредитор, действующий на основании судебного решения, наделяется эквивалентом обеспечительного права, существующий кредитор, который обладает созданным ранее консенсуальным обеспечительным правом в определенных активах, заинтересован в том, чтобы его обеспечительное право сохраняло приоритет над обеспечительным правом, полученным в силу судебного решения, особенно в отношении активов, на которые он уже полагался при предоставлении кредита. С другой стороны, кредитор, действующий на основании судебного решения, заинтересован в получении приоритета в отношении активов, которые имеют достаточную стоимость для того, чтобы служить в качестве источника платежа по его требованию.

47. Многие правовые системы, в которых имеется система регистрации, определяют в этой ситуации статус приоритета по времени регистрации обеспечительного права, т.е. зарегистрированное ранее консенсуальное обеспечительное право в имуществе будет иметь приоритет над более поздним

обеспечительным правом в том же имуществе, полученным в силу судебного решения. И напротив, любая попытка предоставить консенсуальное обеспечительное право в имуществе после того, как кредитор получил обеспечительное право в какой-либо форме в силу судебного решения, приведет к возникновению интереса, который является подчиненным по отношению к существующему обеспечительному праву, полученному в силу судебного решения. Этот подход является в целом приемлемым для кредиторов при условии, что факт создания обеспечительного права в силу судебного решения является достаточно известным для того, чтобы кредиторы могли быть осведомлены о нем эффективным образом и могли учитывать его существование при принятии своего кредитного решения до предоставления кредита (см. пункт 48).

48. Исключение из этого правила предусматривается обычно тогда, когда оно применяется к будущим кредитам (более подробно см. в разделе A.4.a. ниже). Хотя ранее зарегистрированное обеспечительное право, как правило, будет иметь приоритет над обеспечительным правом, созданным согласно судебному решению, в отношении кредита, предоставленного до даты вступления в силу обеспечительного права, созданного на основании судебного решения, обычно оно не будет иметь приоритета над таким обеспечительным правом в отношении любого кредита, предоставленного после такой даты вступления в силу (если только обязательство предоставить такой кредит не возникло до фактической даты вынесения этого судебного решения). Можно отметить, что в примере 2 (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 23), заимодатель B время от времени предоставляет займы "Агрико", которые обеспечены всей дебиторской задолженностью и инвентарными запасами "Агрико". Если необеспеченный кредитор уменьшает сумму своего требования до размера, определенного судебным решением против "Агрико", и тем самым получает обеспечительное право в инвентарных запасах "Агрико", то обеспечительное право заимодателя B в этих инвентарных запасах будет иметь приоритет над обеспечительным правом, созданным в силу судебного решения, в отношении займов, которые заимодатель B предоставил до даты вступления в силу этого судебного решения и в течение конкретно указанного периода после этого. Вместе с тем обеспечительное право, созданное в силу судебного решения, будет иметь приоритет в отношении любых дополнительных кредитов, предоставленных заимодателем B после истечения конкретно указанного периода (если только заимодатель B не принял на себя обязательство предоставлять такие дополнительные кредиты до даты вступления в силу судебного решения).

49. Для защиты существующих обеспеченных кредиторов от предоставления дополнительных кредитов на основе стоимости активов, являющихся объектом обеспечительных прав, созданных в силу судебного решения, должен существовать определенный механизм уведомления кредиторов о таких обеспечительных правах, созданных в силу судебного решения. В законодательстве многих стран, в которых имеется система регистрации, такое уведомление осуществляется посредством требования регистрировать в такой системе обеспечительные права, созданные в силу судебного решения. Если система регистрации отсутствует или если не установлено требование регистрировать обеспечительные права, созданные в силу судебного решения, в системе регистрации, то, возможно, следует ввести требование о том, чтобы кредитор, получивший судебное решение, уведомлял об этом существующих обеспеченных кредиторов. Кроме того, можно предусмотреть, что приоритет существующего обеспеченного кредитора сохраняется в течение определенного периода времени (скажем, в течение 45–60 дней) после регистрации обеспечительного права, созданного в силу судебного решения (или после получения кредитором уведомления об этом), с тем чтобы данный кредитор мог предпринять шаги по защите своих интересов соответствующим образом. Чем

меньше период времени, в течение которого существующий обеспеченный кредитор должен отреагировать на наличие обеспечительных прав, созданных в силу судебного решения, и чем слабее публичный характер таких обеспечительных прав, созданных в силу судебного решения, тем меньше вероятность того, что их существование будет препятствовать наличию возможностей для получения будущих кредитов.

f. Статутные (привилегированные) кредиторы

50. В законодательстве многих стран в качестве средства достижения той или иной общественной цели (например, сохранение уровня налоговых поступлений или заработной платы работников) отдельным необеспеченным требованиям отдается приоритет (в производстве по делу о несостоятельности или даже за пределами такого производства) над другими необеспеченными требованиями и в некоторых случаях над обеспеченными требованиями (включая обеспеченные требования, которые были зарегистрированы раньше). Например, для защиты требований работников и правительства в некоторых правовых системах требованиям в отношении невыплаченной заработной платы и невыплаченных налогов отдается приоритет над ранее существовавшими обеспечительными правами. Поскольку общественные цели в каждой стране являются разными, виды таких требований и степень их приоритетности также бывают разными.

51. Преимущество, связанное с установлением таких привилегированных требований, заключается в том, что таким образом можно способствовать достижению той или иной общественной цели. Возможный недостаток состоит в том, что количество приоритетов такого рода может возрасти настолько, что уменьшится определенность в отношениях между существующими и возможными кредиторами, вследствие чего сократится предложение обеспеченных кредитов по низкой стоимости. Кроме того, даже если существующий или потенциальный кредитор может с определенностью установить существование привилегированных требований, такие требования (возникающие в ходе производства по делу о несостоятельности или за рамками таких процедур) отрицательно скажутся на наличии обеспеченного кредита следующим образом: кредиторы зачастую будут переносить экономическое бремя таких требований на лицо, предоставляющее обеспечение, посредством повышения процентных ставок или удержания расчетной суммы таких требований из имеющегося кредита.

52. Во избежание отрицательного воздействия на предложение обеспеченных кредитов, наличие которых также представляет собой одну из общественных целей, при вынесении решения о том, следует ли предусматривать привилегированные требования, необходимо тщательно проанализировать различные общественные цели. Привилегированные требования должны быть максимально ограниченными и допускать их можно только в том случае, если отсутствуют другие эффективные средства достижения важной социальной цели и если их воздействие на наличие кредитов по низкой стоимости является приемлемым. Например, в некоторых правовых системах налоговые поступления обеспечиваются посредством стимулирования директоров компаний быстро решать финансовые проблемы, в противном же случае им грозит личная ответственность, тогда как защита требований по заработной плате обеспечивается посредством создания государственного фонда.

53. Если привилегированные требования существуют, то законы об их установлении должны быть достаточно ясными и транспарентными, с тем чтобы кредитор мог подсчитать возможную сумму привилегированных требований и защитить себя. В одних правовых системах эта проблема обеспечения ясности и транспарентности решается посредством перечисления всех привилегированных требований в одном законе или в приложении к закону. В других правовых

системах она решается посредством обязательной регистрации привилегированных требований в публичном реестре и предоставления таким требованиям приоритета только над теми обеспечительными правами, которые были зарегистрированы позднее. В этих правовых системах приоритетом пользуются те обеспечительные права, которые были зарегистрированы либо до установления привилегированных требований, либо в течение конкретно указанного периода, скажем 45–60 дней, после регистрации привилегированных требований, если ранее существовавшие обеспечительные права предполагают обязательство предоставлять в будущем кредиты. Однако проблема с применением системы регистрации в отношении некоторых привилегированных требований, которые возникают непосредственно до начала производства по делу о несостоятельности, заключается в том, что может оказаться трудно подсчитать их сумму или зарегистрировать их своевременно.

g. Кредиторы, увеличивающие стоимость обремененных активов или осуществляющие их хранение

54. Некоторые правовые системы предусматривают, что кредиторы, которые повышают или фиксируют стоимость обремененных активов, например, те, которые осуществляют ремонт оборудования, обладают обеспечительными правами в тех обремененных активах, стоимость которых они увеличивают или фиксируют, и что статус таких обеспечительных прав, как правило, является более высоким, чем статус других обеспеченных требований в отношении этих обремененных активов. Это правило о приоритете имеет то преимущество, что оно побуждает тех, кто обеспечивает такую стоимость, и далее прилагать свои усилия, а также содействовать надлежащему обслуживанию обремененных активов. Если сумма, которую гарантируют эти обеспечительные права, ограничивается размером, отражающим увеличение стоимости обремененного актива, то такие обеспечительные права и их усиленный приоритет не должны оспариваться существующими обеспеченными кредиторами.

55. Некоторые системы также предусматривают, что такие кредиторы, как владельцы недвижимости и складских помещений, которые хранят обремененные активы или сдают в аренду лицу, предоставившему обеспечение, помещения, в которых эти активы хранятся, обладают обеспечительными правами в этих обремененных активах для гарантирования исполнения обязательств по аренде и хранению, причем статус таких обеспечительных прав зачастую является более высоким, чем статус других обеспеченных требований в отношении этих же обремененных активов.

56. В законодательстве многих стран на права, описываемые в предыдущих двух пунктах, не распространяется какое-либо требование регистрации, и факт их существования можно установить только в результате проведения соответствующей проверки предполагаемым кредитором. Поэтому такие обеспечительные права зачастую называются "тайными". Хотя тайные обеспечительные права сопряжены с преимуществом, заключающимся в защите прав сторон, которым они предоставляются без установления требования о том, чтобы такие стороны покрывали издержки, связанные с регистрацией, они представляют собой значительное препятствие обеспеченному кредитованию, поскольку они ограничивают способность кредиторов определять существование коллидирующих обеспечительных прав. Как отмечается в главе V (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …), в этом случае следует предусмотреть введение требования о том, чтобы уведомление о таких обеспечительных правах регистрировалось в системе регистрации обеспечительных прав.

57. Если законодатели отдают приоритет правам лиц, предоставляющих такие услуги, то возникает вопрос, не следует ли ограничить эти права определенной

денежной суммой и признать их в качестве приоритетных требований, если они отвечают определенным условиям. Один из подходов может заключаться в том, чтобы ограничить эти права в пользу лиц, предоставляющих услуги, в денежном выражении (например, размером месячной арендной платы в случае арендодателей) и признать их приоритет над ранее существующими обеспечительными правами только в том случае, если добавленная стоимость непосредственно отвечает интересам держателей ранее существовавших обеспечительных прав. Другой подход может состоять в отказе от введения таких ограничений, поскольку при этом несправедливо ограничивается наличие кредита для таких лиц, предоставляющих услуги. Кроме того, введение таких ограничений может быть ненужным, так как обеспеченные кредиторы могут защитить себя от таких связанных с обслуживанием требований самыми различными способами, например, ограничив в договорном порядке возможность заключения лицами, предоставляющими обеспечение, контрактов на такое обслуживание, или посредством резервирования значительной доли имеющегося кредита, с тем чтобы иметь возможность оплатить услуги такого рода, если лицо, предоставившее обеспечение, не делает этого.

h. Представители в деле о несостоятельности

58. Особенно важно, чтобы обеспеченный кредитор мог определить, каким будет его приоритет в случае открытия производства по делу о несостоятельности лицом, предоставившим обеспечение, или против такого лица, поскольку вполне вероятно, что активов не хватит для расчета со всеми кредиторами, а обремененные активы обеспеченного кредитора могут быть его основным или единственным источником возвращения кредита. Поэтому при принятии решения о предоставлении кредита и при оценке приоритета обеспеченные кредиторы обычно уделяют наибольшее внимание тому, каким будет их приоритет в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение. Таким образом, весьма важно, чтобы приоритет надлежащим образом полученного обеспечительного права не уменьшался или не аннулировался в ходе производства по делу о несостоятельности. Роль этого аспекта при разработке действенного законодательства об обеспеченных сделках переоценить невозможно. Если законодательство об обеспеченном кредитовании и о несостоятельности не содержит ясных положений по этому аспекту, то готовность кредиторов предоставлять обеспеченные кредиты будет серьезно подорвана.

59. Чтобы предусмотреть достаточную оплату представителям в деле о несостоятельности за их работу в ходе производства, они зачастую наделяются суперприоритетным привилегированным правом требования в отношении активов, составляющих имущественную массу. Это требование и то, насколько представитель в деле о несостоятельности может быть правомочен оспаривать обеспечительные права в разных обстоятельствах, подробно обсуждается в главе IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункты …).

4. Приоритет в случае будущих кредитов и имущества, приобретенного впоследствии

a. Будущие кредиты

60. Чтобы определить размер предоставляемого кредита и соответствующие условия, обеспеченный кредитор должен иметь возможность установить во время заключения обеспеченной сделки, какой приоритет будет предоставлен его требованию. Одни правовые системы ограничивают такой приоритет суммой долга, существующего во время создания обеспечительного права. Другие правовые системы требуют разглашения максимальной суммы кредита, которому будет предоставлен приоритет. Третьи правовые системы

предоставляют приоритет всем дополнительным кредитам, даже тем кредитам, которые были предоставлены после создания обеспечительного права.

61. Преимущество ограничения приоритета суммой долга, который первоначально существовал во время создания обеспечительного права, заключается в том, что это позволяет (хотя и не во всех случаях) увязывать приоритет с ожиданиями сторон во время создания такого права и сохранять только этот приоритет по отношению к кредиторам, который тогда существовал. Недостаток этого подхода заключается в том, что он требует дополнительных проверок (т.е. выявления новых случаев регистрации), а также заключения дополнительных кредитных соглашений и регистрации кредитов, которые были предоставлены впоследствии. Это особенно проблематично, поскольку одно из наиболее эффективных средств предоставления обеспеченных кредитов заключается в их предоставлении на возобновляемой основе, поскольку такой вид кредитования в наибольшей мере отвечает конкретным потребностям лица, предоставляющего обеспечение, в заимствованиях (см. пример 2 в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 21–23, и Add.3, пункт 9). Соответственно будущим кредитам может быть предоставлен тот же приоритет, которым пользуются кредиты, произведенные во время первоначального создания обеспечительного права. В случае кредита, предоставляемого на условиях договоров поставки товаров или услуг по частям, соответствующее требование в полном объеме начинает существовать с момента подписания договора, а не с момента каждой поставки товаров или услуг.

62. Чтобы избежать привязки всех активов лица, предоставляющегося обеспечение, к одному кредитору, а следовательно, и уменьшения желания последующих кредиторов предоставлять кредит этому лицу, многие правовые системы требуют, чтобы при регистрации обеспечительного права устанавливалась максимальная сумма долга, возврат которого может гарантироваться любым конкретным обеспечительным правом, и ограничивают приоритет такой максимальной суммы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …). Иногда утверждается, что раскрытие максимальной суммы может породить проблему нарушения конфиденциальности. Однако довод в пользу обратного заключается в том, что максимальная сумма в зарегистрированном уведомлении не обязательно отражает фактическую сумму обеспеченного обязательства, а представляет собой лишь максимальную сумму, которую можно будет получить в случае реализации обеспечительного права.

b. Имущество, приобретенное впоследствии

63. Как более подробно излагается в главе IV (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 19–23), в некоторых правовых системах предусматривается возможность создания обеспечительного права в имуществе, которое лицо, предоставившее обеспечение, может приобрести в будущем. Такое обеспечительное право создается одновременно с приобретением имущества лицом, предоставившим обеспечение, без каких-либо дополнительных шагов, которые требуются всякий раз, когда приобретается новое имущество. В результате этого сводятся к минимуму расходы, сопряженные с созданием обеспечительного права, и это отвечает целям сторон. Это особенно важно, когда речь идет об инвентарных запасах (которые приобретаются для последующей перепродажи), дебиторской задолженности (которая выплачивается и регенерируется на постоянной основе) (см. пример 2 в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 21–23), и оборудовании (которое заменяется в ходе обычной предпринимательской деятельности лица, предоставившего обеспечение).

64. Если допускается создание обеспечительных прав в имуществе, приобретаемом впоследствии, то в этой связи возникает вопрос о том, действует ли приоритет с момента первоначального предоставления обеспечения или с

момента, когда лицо, предоставившее обеспечение, приобретает новое имущество. В разных правовых системах этот вопрос решается по-разному. В некоторых правовых системах это зависит от статуса кредитора, претендующего на приоритет (по отношению к другим консенсуальным обеспеченным кредиторам приоритет может быть установлен с момента предоставления обеспечения, а по отношению ко всем другим кредиторам – с даты приобретения имущества). Общепризнано, что установление приоритета с момента первоначального предоставления обеспечения, а не с момента приобретения лицом, предоставившим обеспечение, прав в обремененных активах, является наиболее эффективным и действенным подходом с точки зрения содействия наличию обеспеченного кредита по небольшой стоимости (см., например, статью 8 (2) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке).

5. Приоритет в поступлениях

65. Если кредитор имеет право в поступлениях и естественных приращениях от первоначально обремененных активов, возникают вопросы в отношении статуса и приоритета такого права по отношению к другим лицам, выдвигающим конкурирующие требования. Лица, выдвигающие конкурирующие требования в отношении поступлений, могут включать кредитора лица, предоставившего обеспечение, который получил право на основании судебного решения или в порядке исполнения судебного решения по отношению к поступлениям, и другого кредитора, который имеет обеспечительное право в поступлениях в качестве первоначально обремененных активов, а также других лиц, выдвигающих конкурирующие требования, подобных тем, о которых шла речь выше (в отношении того, что следует считать поступлениями, см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 36–40).

66. Обеспеченный кредитор может иметь обеспечительное право в поступлениях как первоначально обремененных активах или как приобретенных впоследствии поступлениях от других обремененных активов. Например, предположим, что кредитор A имеет обеспечительное право во всех инвентарных запасах лица, предоставившего обеспечение, а кредитор B имеет обеспечительное право во всей дебиторской задолженности этого лица (включая будущую дебиторскую задолженность). Предположим далее, что лицо, предоставившее обеспечение, впоследствии продает инвентарные запасы, которые являются объектом обеспечительного интереса кредитора A. Оба кредитора имеют обеспечительное право в дебиторской задолженности, возникшей в результате этой продажи. Кредитор B имеет право в дебиторской задолженности как в первоначально обремененных активах, а кредитор A имеет обеспечительное право в кредиторских задолженностях как в поступлениях от обремененных инвентарных запасов.

67. Всеобъемлющая правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна дать ответы на несколько вопросов, касающихся конкурирующих требований вышеупомянутых обеспеченных кредиторов. Один вопрос заключается в том, является ли право кредитора A в дебиторской задолженности как поступлениях от инвентарных запасов действительным по отношению не только к лицу, предоставившему обеспечение, но и к другим лицам, выдвигающим конкурирующие требования. Ответ на этот вопрос в большинстве случаев должен быть утвердительным. Иначе стоимость первоначально обремененных активов (т.е. инвентарных запасов) будет в значительной степени иллюзорной. Обеспечительные права укрепляют экономическую стабильность (а следовательно, и расширяют доступ к кредитам по более низкой стоимости) только в тех случаях, когда обеспечительное право дает кредитору возможность переносить экономическую стоимость обремененного актива на причитающийся

ему долг до того, как эта стоимость может быть перенесена на требования других лиц.

68. Тем не менее следует признать, что создание какого-либо права в поступлениях вызывает серьезную озабоченность в связи с рисками, возникающими для третьих сторон. В частности, соображения, которые привели к установлению требования публичности обеспечительного права в конкретном имуществе, с тем чтобы оно было действительным по отношению к третьим сторонам, могут вынуждать сделать вывод о том, что аналогичные требования являются надлежащими, если речь идет о праве в поступлениях.

69. По этой причине правовой режим должен устанавливать правила, определяющие, когда публичность, придаваемая обеспечительному праву в первоначальном обремененном активе, будет достаточной для опубликования права кредитора в поступлениях. В случаях, когда для права кредитора в поступлениях требуется иной вид публичности (например, уведомление должника по счетам вместо регистрации), правовой режим должен предусматривать определенный период времени после совершения сделки, генерирующей поступления, в течение которого кредитор может обеспечить публичность, не утрачивая своего права в поступлениях.

70. Хотя решение о том, необходим ли новый акт обеспечения публичности для того, чтобы право кредитора в поступлениях было действительным по отношению к третьим сторонам, является весьма важным, одного такого решения недостаточно для реализации соответствующих прав обеспеченного кредитора и других кредиторов в поступлениях. В частности, для определения относительного приоритета такого права обеспеченного кредитора необходимы правила приоритета.

71. Правила приоритета могут быть разными в зависимости от характера конкурирующего заявителя требований. Например, если конкурирующий заявитель является другим обеспеченным кредитором, права которого также зависят от публичности, то правила, определяющие соответствующий приоритет прав данных двух обеспеченных кредиторов, могут зависеть от характера и времени обеспечения публичности. Приоритет может зависеть и от других факторов, когда конкурирующий заявитель является кредитором, действующим на основании судебного решения, или управляющим в деле о несостоятельности.

72. Во многих случаях, когда конкурирующим заявителем является другая обеспеченная сторона, правила приоритета прав в поступлениях от первоначальных обремененных активов могут вытекать из правил приоритета, применимых к первоначальному обремененному активу, и практики, на основании которой были установлены эти правила. Например, в правовой системе, в которой первое зарегистрированное право в конкретном имуществе имеет приоритет над коллидирующими правами, это же правило может использоваться для определения приоритета в случаях, когда первоначальный обремененный актив был передан и когда обеспеченный кредитор истребует право в поступлениях. Если праву в первоначальном обремененном активе придан публичный характер раньше, чем праву конкурирующего заявителя требований в поступлениях, то этому праву может быть предоставлен приоритет.

73. В тех случаях, когда статус приоритета конкурирующих прав в первоначальном обремененном активе не определяется порядком обеспечения публичности (как, например, в случае обеспечительных прав в отношении покупной цены, которые пользуются суперприоритетом), для правила о приоритете, которое будет применяться к поступлениям от такого первоначального обремененного актива, потребуется специальное определение.

6. Добровольное изменение приоритета: соглашения о субординации

74. Во многих правовых системах приоритет может быть изменен и часто изменяется обеспеченным кредитором в одностороннем порядке или на основании частного договора с другими обеспеченными кредиторами. Например, заимодатель, имеющий обеспечительное право во всех существующих и приобретенных впоследствии активах лица, предоставившего обеспечение, может дать свое согласие на то, чтобы лицо, предоставившее обеспечение, уступило преимущественное обеспечительное право в каком-либо конкретном активе для получения дополнительного финансирования из иного источника, нежели заимодатель, на основе стоимости этих активов. Следует проводить различие между такими соглашениями и соглашениями о субординации между необеспеченными кредиторами, которые не настаивают на принципе равного режима для своих необеспеченных требований. Признание действительности субординации обеспечительных прав в одностороннем порядке или на основании частного договора отражает вполне сложившуюся практику (см., например, статью 25 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке).

75. Такие соглашения, изменяющие приоритет, являются вполне приемлемыми, если они затрагивают только стороны, которые фактически соглашаются с такими изменениями. Соглашения о субординации не должны затрагивать прав кредиторов, которые не являются сторонами такого соглашения. Кроме того, чрезвычайно важно, чтобы приоритет, предоставляемый на основании соглашения о субординации, продолжал действовать в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, и законы о несостоятельности должны предусматривать это. Так, в некоторых правовых системах в законодательство о несостоятельности может быть необходимо включить положение, наделяющее суды полномочием обеспечивать исполнение соглашений о субординации, а также наделяющее представителей по делу о несостоятельности правом улаживать связанные с приоритетом споры между сторонами соглашений о субординации без какого-либо риска ответственности (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункты ...).

7. Роль приоритета до принудительного исполнения

76. Еще один важный вопрос, касающийся приоритета, состоит в том, имеет ли приоритет значение только после того, как лицо, предоставившее обеспечение, не исполняет основополагающего обязательства, или же он имеет значение и до такого неисполнения. Правовые системы многих стран дают положительный ответ на первый вопрос, т.е. в отсутствие соглашения об обратном между лицами, имеющими требования первой и второй очереди, обладателю консенсуального обеспечительного права второй очереди разрешается получать на регулярной основе платежи по своему обязательству, даже если обеспеченное обязательство, пользующееся приоритетом, не оплачено в полном объеме. Теоретическое основание для такого подхода заключается в том, что в отсутствие соглашения об обратном и до наступления события неисполнения обязательства лицо, предоставившее обеспечение, должно иметь возможность свободно распоряжаться своими активами и использовать поступления для оплаты своих обязательств при наступлении сроков их погашения, независимо от относительного приоритета обеспечительных прав в таких активах. Введение требования о том, чтобы кредиторы второй очереди возмещали такие выплаты, при отсутствии конкретного соглашения на этот счет, явилось бы серьезным препятствием для предоставления финансирования такими кредиторами.

77. Результат может быть иным в том случае, если заявитель требований второй очереди получает поступления от взыскания, продажи или иного

отчуждения обремененного имущества. В этом случае законодательство некоторых стран требует, чтобы заявитель требований второй очереди возместил эти поступления заявителю требований первой очереди, если заявитель требований второй очереди получил поступления и при этом знал, что лицо, предоставившее обеспечение, должно было выплатить их заявителю требований первой очереди. Обоснование этого правила является аналогичным обоснованию, рассматриваемому в разделе A.3.d. выше в отношении покупателей обремененных активов.

B. Резюме и рекомендации

78. Понятие приоритета является важнейшей составляющей любого режима, регулирующего обеспеченные сделки, который призван способствовать наличию обеспеченных кредитов по низкой стоимости. Наличие кредитов зависит от способности кредиторов до предоставления кредита с высокой степенью определенности устанавливать, каким будет их приоритет в том случае, если они попытаются реализовать свое обеспечение. Поскольку такая реализация зачастую происходит в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, крайне важно, чтобы приоритет обеспеченного кредитора сохранялся неизменным в ходе такого разбирательства по делу о несостоятельности.

79. По этой причине важно, чтобы законодательство по обеспеченным сделкам включало правила приоритета, которые являются ясными и приводят к предсказуемым результатам. Такие правила должны позволять всем кредиторам, даже необеспеченным кредиторам, оценивать свое положение до предоставления кредита и предпринимать шаги по защите своих интересов. Ясные правила приоритета, которые приводят к предсказуемым результатам, и наличие эффективных механизмов для определения и установления приоритета во время предоставления кредита, имеют для кредиторов не менее важное значение, чем конкретная формулировка самого правила о приоритете.

80. Лучше всего это достигается посредством создания системы регистрации и установления приоритета на основе того, кто первым зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве. Кроме того, если система регистрации является надежной и легкодоступной, она может стать эффективным механизмом для установления кредиторами факта наличия коллидирующих обеспечительных прав.

81. Один из важнейших элементов эффективного режима, регулирующего обеспеченные сделки, заключается в том, что должным образом приобретенные обеспеченные требования должны пользоваться приоритетом над общими необеспеченными требованиями.

82. Чтобы посессорные обеспечительные права оставались важным компонентом режима обеспечения, они должны учитываться при разработке правила о приоритете. Так, может быть целесообразным предусмотреть возможность установления приоритета обеспечительного права посредством владения или контроля либо регистрации, в зависимости от того, что происходит раньше. В таких ситуациях может быть также целесообразно разрешить обеспеченному кредитору, который первоначально установил приоритет одним методом, перейти к другому методу, без утраты своего первоначального приоритета в отношении обремененных активов, при условии, что в процессе регистрации, владения или контроля не происходит разрыва, т.е. чтобы применительно к созданию обеспечительного права все время действовал какой-либо один метод. Кроме того, в случае отдельных категорий активов может быть целесообразным предусмотреть, чтобы обеспечительное право, созданное посредством владения или контроля, имело приоритет над обеспечительным

правом, созданным только посредством регистрации, даже если регистрация была произведена раньше (см. пункты 12–14).

83. Возможность исключений из правил о приоритете на основании первой регистрации следует рассматривать только в том случае, если не существует других средств достижения основополагающей цели введения такого исключения и если данная цель оправдывает негативное влияние такого исключения на наличие кредитов по низкой стоимости. Любые такие исключения должны быть сформулированы ясно, чтобы кредиторы могли оценивать вероятность наличия каких-либо привилегированных требований и предпринять шаги для защиты себя от таких требований. Чтобы кредиторы могли легко выявлять возможные конкурирующие требования, следует рассмотреть вопрос о введении обязательной регистрации всех требований, включая привилегированные требования, в системе учета обеспечительных прав (см. пункты 50–53). Некоторые важные исключения из правила о приоритете на основании первой регистрации следует предусмотреть при разработке положений законодательства об обеспечительных сделках, касающихся обеспечительных прав в отношении покупной цены и кредиторов, которые увеличивают стоимость обремененного имущества (например, тех, которые занимаются ремонтом оборудования; см. пункты 54–57).

84. В силу того, что финансирование покупной цены является эффективным инструментом для получения предприятиями финансовых средств, необходимых для приобретения конкретных товаров, действенный режим, регулирующий обеспеченные сделки, должен предусматривать, чтобы держатели обеспечительных прав в связи с финансированием покупной цены пользовались приоритетом по сравнению с другими кредиторами (в том числе кредиторами, которые раньше по времени зарегистрировали обеспечительное право в этих товарах) в отношении товаров, приобретенных за счет поступлений от финансирования покупной цены. В случае сделок, связанных с приобретением инвентарных запасов, помимо регистрации, уведомление об обеспечительном праве в связи с финансированием покупной цены необходимо направлять другим зарегистрированным кредиторам. Помимо продавцов товаров, этот усиленный приоритет следует распространить на банки и других заимодателей, которые финансируют приобретение товаров (см. пункты 21–29).

85. Эффективный режим, регулирующий обеспеченные сделки, должен предусматривать установление соответствующего равновесия между правами покупателей товаров и правами обеспеченных кредиторов, имеющих обеспечительные права в таких товарах. Достижение такого равновесия предполагает включение в законодательство положения о том, что покупатели инвентарных запасов, продаваемых в ходе обычной предпринимательской деятельности лица, предоставившего обеспечение, должны получать эти товары свободными от каких-либо обеспечительных прав, предоставленных продавцом, а обеспеченный кредитор должен получать обеспечительное право в поступлениях от продажи (см. пункты 34–43).

86. Признание приоритета в отношении будущих кредитов и приобретенного впоследствии имущества, по всей видимости, должно способствовать наличию возобновляемых и других аналогичных кредитов для предприятий. Чем проще требования, которые кредитор должен выполнить для установления приоритета в отношении будущих кредитов и приобретенного впоследствии имущества, тем больше будет на рынке кредитов такого рода (см. пункты 60–63).

87. Чтобы избежать создания помех для предоставления возобновляемых кредитов, о которых идет речь выше (см. пункты 47 и 60), или любых других кредитов аналогичного вида, не следует ограничивать максимальной суммы будущих кредитов, пользующихся приоритетом.

88. По крайней мере в определенных случаях право обеспеченного кредитора в поступлениях от его обремененных активов должно быть действительным в отношении не только лица, предоставившего обеспечение, но и конкурирующих заявителей требований. Правовой режим должен определять, когда акт обеспечения публичности обеспечительного права является достаточным для того, чтобы права кредитора в поступлениях стали известными, и когда требуется новый акт обеспечения публичности. Кроме того, правовой режим должен предусматривать правила приоритета, касающиеся прав в поступлениях. Такие правила могут быть различными в зависимости от характера конкурирующего заявителя требований.

89. Независимо от правил приоритета, установленных в рамках любого режима обеспеченных сделок, кредиторам должно быть разрешено изменять такие правила посредством заключения частного договора, с тем чтобы они могли составлять такие соглашения о финансировании, которые в наибольшей степени отвечают нуждам лица, предоставляющего обеспечение. Такие соглашения следует признавать действующими между их сторонами в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение. Вместе с тем они не должны затрагивать права лиц, которые не являются сторонами таких соглашений (см. пункты 74–75).

90. И наконец, режимы обеспеченных сделок должны конкретно предусматривать обстоятельства, при которых обладатели обеспечительных прав второй очереди в конкретных обремененных активах до неисполнения обязательства и до принудительного исполнения не могут предпринимать действий, которые являются несовместимыми с правами обладателей обеспечительных прав первой очереди в этих же активах. Примеры таких действий включают удержание поступлений от продажи активов или иного распоряжения такими активами, когда известно о договорном обязательстве лица, предоставившего обеспечение, перечислять эти поступления обеспеченному кредитору первой очереди (см. пункты 76–77).

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам 1–60

VIII. Права и обязательства сторон до неисполнения 1–60

A. Общие замечания 1–45

1. Введение 1–6

2. Автономия сторон 7–10

a. Принцип 7
b. Ограничения 8–10

3. Резервные правила 11–45

a. Значение 11–12
b. Принципиальные цели 13–14
c. Виды резервных правил 15–45

B. Резюме и рекомендации 46–60

VIII. Права и обязательства сторон до неисполнения

A. Общие замечания

1. Введение

1. Требования в отношении действительного и подлежащего принудительному исполнению соглашения об обеспечении могут быть минимальными и легко выполнимыми (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты ...). Тем не менее в интересах эффективности и предсказуемости применительно к обеспеченным сделкам в соглашение об обеспечении необходимо включать дополнительные условия, призванные охватить другие аспекты сделки. Сторонам рекомендуется самим формулировать условия соглашения об обеспечении с учетом их собственных потребностей и пожеланий. Тем не менее для восполнения пробелов, которые могут возникнуть в случае, если стороны не включат дополнительных условий, современный режим, регулирующий обеспеченные сделки, должен предусматривать свод резервных правил, подробно регламентирующих права и обязательства сторон до неисполнения. Например, одним из таких правил может быть правило, предусматривающее, что доходы, получаемые от обремененных активов, могут удерживаться обеспеченным кредитором и увеличивать стоимость обремененных активов или же могут использоваться для оплаты обеспеченного обязательства в случае неисполнения.

2. Всеобъемлющий охват вопросов, связанных с правами и обязательствами сторон до неисполнения, в рамках режима регулирующего обеспеченные сделки, позволяет повысить эффективность и предсказуемость по ряду аспектов. Такой порядок помогает разъяснять позиции сторон посредством восполнения потенциальных пробелов в отношении вопросов, которые не урегулированы сторонами в соглашении об обеспечении. Предоставление сторонам возможности четко определить свои взаимоотношения при помощи свода резервных правил представляет собой также один из основных принципов эффективного режима сделок под обеспечение в личном имуществе или по крайней мере одну из его наиболее важных составляющих (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 28 и 30). В этом отношении в Руководстве применяется подход, который используется в современных национальных правовых системах (см., например, статьи 2736–2742 Гражданского кодекса Квебека и статьи 9–207 – 9–210 Единообразного торгового кодекса), в региональных типовых законах (например, в статье 15 Типового закона ЕБРР и в статье 33 Межамериканского типового закона), а также в международных конвенциях, касающихся международной купли–продажи (например, в статье 6 КМКПТ) или некоторых аспектов обеспеченных сделок в движимых активах (например, в статье 11.1 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и статье 16 Конвенции о подвижном оборудовании).

3. Кроме того, распределение прав и обязательств между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим обеспечение, таким образом, чтобы они, по всей вероятности, сами согласовывали свод резервных норм, позволяет уменьшить расходы по сделке, что устраняет необходимость ведения переговоров и разработки сторонами новых положений по вопросам, которые уже в достаточной степени охвачены имеющимися правилами. Кроме того, четко сформулированными резервными правилами могут руководствоваться как сами стороны, так и суды или третейские суды, что позволит снизить вероятность возникновения споров, а также сократить соответствующие расходы и избежать вынесения несогласованных решений. И наконец, резервные правила, благодаря наличию в них ряда норм, из которых стороны могут выбирать по своему усмотрению, могут использоваться при разработке соглашения об обеспечении в качестве пособия, содержащего перечень вопросов, которые сторонам следует учитывать во время согласования и заключения такого соглашения.

4. Кроме того, резервные правила позволяют в полной мере и в интересах сторон использовать принцип автономии сторон. Это особенно важно применительно к долгосрочным сделкам или другим операциям, когда стороны не в состоянии предусмотреть абсолютно все или даже заинтересованы в применении гибкого подхода, поскольку необходимость в соблюдении требования о том, чтобы стороны формализовывали все последующие изменения и дополнения к своему первоначальному соглашению, может повлечь за собой значительные расходы, которые в конечном итоге придется нести лицу, предоставляющему обеспечение.

5. Существуют три фактора, ограничивающие круг рассматриваемых в этой главе вопросов. Во-первых, в ней не затрагиваются условия, необходимые для существования обеспечительного права (например, минимальное содержание соглашения об обеспечении), поскольку они выполняют иную функцию и поэтому рассматриваются в главе IV (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 48–60). Во-вторых, в настоящей главе не затрагиваются права и обязательства сторон, возникающие после неисполнения, так как после неисполнения приходится решать другие принципиальные вопросы, которые рассматриваются в главе VIII (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). И, в-третьих, в этой главе не ставится задачи дать исчерпывающий перечень вопросов, которые стороны могут пожелать урегулировать в ходе переговоров по соглашению; напротив, в

ней в силу необходимости содержится лишь ориентировочный, и далеко не исчерпывающий перечень прав и обязательств, которые стороны, свободно договаривающиеся об обычной обеспеченной сделке, скорее всего пожелают согласовать.

6. В излагаемом ниже первоначальном обсуждении основное внимание уделялось двум основным принципиальным вопросам. Первый вопрос касается принципа автономии сторон и того, в какой степени они могут сами определять условия своего соглашения об обеспечении (если исходить из того, что соглашение удовлетворяет материально–правовым и формальным требованиям в отношении создания обеспечительного права). Второй вопрос касается характера и числа резервных правил, которые следует включить в современное законодательство, регулирующее обеспеченные сделки, с тем чтобы охватить новые и возникающие формы обеспеченных сделок. В заключительной части настоящей главы приводятся рекомендуемые резервные правила.

2. Автономия сторон

a. Принцип

7. В той мере, в какой это не затрагивает защиты интересов потребителя или аналогичных соображений публичного порядка, автономия сторон может рассматриваться в качестве основополагающего принципа, регулирующего взаимоотношения сторон соглашения об обеспечении до неисполнения. Хотя автономия сторон наделяет кредиторов значительными возможностями при определении содержания соглашения об обеспечении, она позволяет также лицам, предоставляющим обеспечение, получить более широкий доступ к кредитам по более низкой цене.

b. Ограничения

8. Обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее обеспечение, должны иметь возможность в основном самостоятельно согласовать свои взаимные договорные права и обязательства. В то же время эта свобода распространяется на договорные, но не на имущественные аспекты соглашения об обеспечении. Принцип автономии сторон действует применительно к сторонам соглашения об обеспечении (т.е. обеспеченному кредитору и лицу, предоставляющему обеспечение), однако он не должен затрагивать права или обязательства лиц, не являющихся сторонами этого соглашения.

9. Поскольку невозможно предвидеть все обстоятельства, в которых может потребоваться обеспечительное право для обеспечения исполнения того или иного обязательства, желательно избегать таких ограничений, которые не позволяют сторонам приспособить обеспеченную сделку к своим потребностям и обстоятельствам. В то же время должны существовать определенные ограничения на автономию сторон, с тем чтобы предупредить махинации с условиями соглашения (например, в случае чрезмерного обременения, см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты ...). Такие ограничения должны быть четко оговорены и должны основываться на принципах публичного порядка и особенно на принципе добросовестности и честности.

10. Помимо таких разумных ограничений, которые устанавливаются в рамках каждой правовой системы на основе действующих в ней критериев публичного порядка, сторонам следует предоставить широкие возможности в отношении:

i) согласования условий соглашения об обеспечении;

ii) определения обеспечиваемого обязательства и событий, которые обусловливают его неисполнение; и

iii) определения того, что лицо, предоставляющее обеспечение, может и не может делать с обремененными активами.

3. Резервные правила

a. Значение

11. Правила, включенные в настоящую главу, предназначены для применения только в том случае, если стороны не договорились об ином. Они применяются автоматически в отсутствие доказательств того, что стороны намеревались исключить их применение. Концептуальные формулировки, которые используются для идентификации правил, "подлежащих применению, если стороны не договорились об ином", в разных странах различны (например, jus dispositivum, lois supplétives, normas suppletorias, non–mandatory rules, default rules, диспозитивные, резервные или субсидиарные нормы). Независимо от того, какие термины используются для описания этих правил, они должны ясно указывать на то, что эти нормы применяются и подлежат принудительному исполнению только при условии, что стороны не договорились об ином.

12. Резервные правила, рассматриваемые в настоящей главе, затрагивают только самые обычные обстоятельства, возникающие в ходе исполнения обеспеченных сделок, т.е. права и обязательства, которые, как вполне обоснованно мог предполагать законодатель, стороны, скорее всего, согласились бы установить в своих отношениях, но которые они не оговорили в соглашении об обеспечении.

b. Принципиальные цели

13. Все резервные правила должны преследовать принципиальные цели, такие, как разумное распределение ответственности в связи с сохранением обремененных активов и их стоимости на уровне, существовавшем до неисполнения. Вопрос о включении в соглашение об обеспечении дополнительных условий, призванных усилить защиту обеспеченных кредиторов или лиц, предоставляющих обеспечение, наиболее целесоообразно оставить на усмотрение самих сторон. Например, стороны могут указать в своем соглашении право, регулирующее их взаимные права и обязательства, или договориться о том, что лицо, предоставляющее обеспечение, будет депонировать любые поступления от страхования, полученные в результате утраты обремененных активов, на определенный депозитный счет. Это лишь простые иллюстрации тех многочисленных обстоятельств, которые договаривающиеся стороны будут, как правило, конкретно оговаривать в своем соглашении.

14. Резервные правила должны отражать потребности и практику каждой правовой системы. Тем не менее в большинстве правовых систем должны, по всей видимости, признаваться преимущества принятия таких правил, которые способствуют расширению доступа к недорогостоящему кредиту и поощряют ответственное поведение со стороны тех, кто контролирует обремененные активы и на чьем попечении они находятся. Например, в большинстве правовых систем вряд ли могут возникнуть возражения против резервного правила, которое предусматривает право обеспеченного кредитора на возмещение разумной суммы расходов, понесенных в связи с сохранением обремененных активов.

c. Виды резервных правил

15. Можно провести различие между правами и обязанностями обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы (посессорное обеспечение), правами и обязательствами предоставляющего обеспечение лица,

сохраняющего во владении обремененные активы (непосессорное обеспечение), и правами и обязательствами, которые являются общими как для посессорного, так и непосессорного обеспечения.

i. Посессорные обеспечительные права

16. В случае посессорных обеспечительных прав резервные правила должны, по крайней мере, поощрять обеспеченного кредитора к сохранению стоимости обремененных активов, особенно в случае, когда активы представляют собой имущество, приносящее доход. Ниже излагаются некоторые из наиболее важных обязанностей и прав, возлагаемых на обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы.

a) Обязанность проявлять заботливость

17. Ответственное поведение со стороны обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы, можно стимулировать посредством вменения ему в обязанность проявлять разумную заботливость в отношении таких активов. Хотя стороны не могут исключить обязанность проявлять заботливость или освободить обеспеченного кредитора от ответственности за нарушение этой обязанности, они могут по–разному регламентировать степень и характер осуществления этой обязанности. Решение будет зависеть от характера активов. В случае материальных активов обязанность проявлять заботливость может предусматривать физическое сохранение активов (в отношении нематериальных активов см. пункты 19 и 34).

18. В зависимости от обстоятельств обязанность проявлять заботливость может исполняться различным образом. В некоторых случаях может быть неразумным ожидать от лица, предоставляющего обеспечение, осуществления надзора за обремененными активами и более разумным было бы возложить задачу по обеспечению надлежащей заботливости на обеспеченного кредитора, во владении которого эти активы находятся. В других случаях может быть достаточно того, чтобы обеспеченный кредитор уведомлял предоставляющее обеспечение лицо, которому может быть легче принять меры, необходимые для сохранения активов (но не в помещениях этого лица, поскольку возвращение обремененных активов может повлечь за собой прекращение обеспечительного права). Поскольку в одном резервном правиле не представляется возможным подробно оговорить различное содержание, которое в разных обстоятельствах может вкладываться в обязанность проявлять заботливость, это правило следует изложить в общих формулировках.

b) Обязанность принимать дополнительные меры по сохранению прав лица, предоставляющего обеспечение, в нематериальных активах

19. Если обремененные активы представляют собой право на получение денежного платежа, воплощенное в оборотном документе, обязанность проявлять заботливость не ограничивается физическим сохранением документа, в котором воплощено такое право. Эта функция включает также обязанность принимать необходимые меры по сохранению или защите прав лица, предоставившего обеспечение, в отношении предшествующих сторон, которые связаны этим оборотным документом. Поэтому, если стороны не договорились об ином, обеспеченный кредитор должен принимать меры, которые могут включать, например, предъявление документа, опротестование, если потребуется, и уведомление об отказе в акцепте или платеже. В обязанности обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы в форме оборотных документов, входит также сохранение прав лица, предоставившего обеспечение, посредством принятия мер в отношении лиц, несущих акцессорную ответственность по этому документу (например, гарантов).

c) Право на разумное использование обремененных активов

20. Обеспеченному кредитору следует предоставить право использовать или эксплуатировать обремененные активы для целей их сохранения и поддержания, но в любом случае это должно делаться таким образом и в такой степени, какие являются разумными.

d) Обязанность сохранять обремененные активы в состоянии, позволяющем их идентифицировать

21. Если обремененные активы не поддаются замене, обеспеченный кредитор должен поддерживать материальные активы в состоянии, позволяющем их идентифицировать, и не смешивать такие активы с другими. Если обремененные активы являются легко заменимыми и смешиваются с другими активами такого же вида, то обязанность обеспеченного кредитора сохранять обремененные активы в состоянии, позволяющем их идентифицировать, становится обязанностью сохранять активы в том же количестве, качестве и стоимости, как и изначально обремененные активы.

e) Обязанность разрешать лицу, предоставившему обеспечение, проводить проверку состояния обремененных активов

22. Еще одним обязательством обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы, является обязанность разрешать лицу, предоставившему обеспечение, проводить проверку их состояния в разумные сроки.

f) Право сохранять любые поступления или гражданские плоды в качестве дополнительного обеспечения

23. Обеспеченный кредитор должен иметь возможность удерживать поступления в денежной или неденежной форме или "гражданские плоды" (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункты 36 и 37), полученные от обремененных активов. Поступления в денежной форме или гражданские плоды могут использоваться для оплаты обеспеченного обязательства, если стороны соглашения об обеспечении не договорились об ином.

g) Право уступать обеспеченное обязательство или обеспечительное право

24. Обеспеченный кредитор может уступать обеспеченное обязательство и обеспечительное право (причем в некоторых правовых системах даже несмотря на договорные ограничения на уступку; см. статью 9(1) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке). В исключительных случаях обеспечительные права могут быть уступлены отдельно от обязательства, которое они обеспечивают (например, в случае передачи обеспечительного права материнской корпорации в активах филиала какому-либо финансовому учреждению для целей получения нового кредита для филиала).

h) Право "перезакладывать" обремененные активы

25. В некоторых правовых системах обеспеченный кредитор может создавать обеспечительное право в обремененных активах в качестве обеспечения по долгу ("перезалог обремененных активов"), если это не наносит ущерба правам лица, предоставившего обеспечение, на возвращение таких активов после погашения обеспеченного обязательства. В других правовых системах обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, не имеет права перезакладывать такие активы, даже если он делает это на таких условиях, которые не наносят ущерба правам лица, предоставившего обеспечение, на возвращение этих активов после исполнения обеспеченного обязательства. В то же время в случае сделок, касающихся инвестиционного имущества, перезалог обремененных активов является распространенной

практикой (однако рассмотрение вопросов инвестиционного имущества не входит в рамки настоящего Руководства).

i) Право застраховаться от утраты или повреждения обремененных активов

26. Риск утраты или ухудшения состояния обремененных активов лежит на лице, предоставляющем обеспечение, несмотря на создание обеспечительного права (в большинстве правовых систем лицо, предоставляющее обеспечение, сохраняет за собой право собственности на обремененные активы). В то же время обеспеченный кредитор заинтересован в том, чтобы обремененные активы были полностью застрахованы. Поэтому обеспеченный кредитор должен иметь право заключить договор страхования от имени лица, предоставляющего обеспечение, и получить возмещение соответствующих расходов.

j) Право выплачивать налоги от имени лица, предоставившего обеспечение

27. Ответственность за выплату налогов, начисляемых по обремененным активам, также возлагается на лицо, предоставившее обеспечение. Тем не менее обеспеченный кредитор должен иметь возможность выплачивать такие налоги от имени лица, предоставившего обеспечение, для защиты своего обеспечительного права в таких активах. Упомянутые выплаты следует рассматривать как разумные расходы, которые были понесены в процессе сохранения обремененных активов и право на возмещение которых следует предусмотреть за обеспеченным кредитором.

k) Право на возмещение разумных расходов

28. Расходы, которые необходимы для хранения и сохранения обремененных активов, находящихся во владении обеспеченного кредитора, должно нести лицо, предоставившее обеспечение. Если эти расходы произведены обеспеченным кредитором в процессе владения обремененными активами и во исполнение его обязанности проявлять заботливость, то обеспеченный кредитор имеет право на получение их возмещения от лица, предоставившего обеспечение. Страховые премии (см. пункт 26) и выплата налогов (см. пункт 27) являются примерами разумных расходов, которые должно нести лицо, предоставившее обеспечение, и на возмещение которых имеет право обеспеченный кредитор.

29. Соглашение об обеспечении может предусматривать другие способы распределения расходов, связанных с сохранением обремененных активов и проявлением заботы о них. Кроме того, соглашение об обеспечении может предусматривать иные виды расходов, которые могут быть связаны с защитой интереса обеспеченного кредитора в обремененных активах, а не интереса лица, предоставившего обеспечение. Даже если такие расходы разумны, они не должны взиматься с лица, предоставившего обеспечение, лишь в силу порядка, устанавливаемого резервными правилами. Оплата таких расходов может быть, однако, возложена на лицо, предоставившее обеспечение, если это предусматривается в соглашении об обеспечении.

l) Обязанность возвратить обремененные активы

30. После полного погашения обеспеченного обязательства обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, должен возвратить эти активы лицу, предоставившему обеспечение. В силу того, что обеспеченный кредитор не может снять с себя это обязательство в договорном порядке, этот вопрос обычно будет регулироваться императивными нормами, а не резервными правилами.

ii. Непосессорное обеспечение

31. Одна из ключевых принципиальных целей эффективного режима обеспеченных сделок состоит в поощрении ответственного поведения предоставившего обеспечение лица, во владении которого остаются обремененные активы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 33). Поэтому принципы, лежащие в основе резервных правил, касающихся непосессорного обеспечения, направлены на максимальную реализацию экономического потенциала активов лица, предоставившего обеспечение (см. A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 28). Поощрение экономически рентабельного использования активов лица, предоставившего обеспечение, способствует созданию доходов в пользу этого лица. Поддержание стоимости обремененных активов на уровне, предшествовавшем неисполнению обязательств, соответствует цели максимизации стоимости реализации этих активов в интересах обеспеченного кредитора.

a) Обязанность разрешать обеспеченному кредитору проводить проверку состояния обремененных активов

32. Обеспеченный кредитор должен иметь право проверять условия, в которых предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, содержит эти активы. Для этого лицо, предоставившее обеспечение, следует обязать разрешать обеспеченному кредитору проводить проверку состояния обремененных активов в разумные сроки.

b) Обязанность надлежащим образом застраховать обремененные активы и выплачивать налоги

33. Возлагаемая на предоставившего обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, обязанность проявлять заботу об этих активах включает надлежащее страхование этих активов и обеспечение своевременной выплаты налогов на имущество. Если такие расходы несет обеспеченный кредитор, то он имеет право на их возмещение предоставившим обеспечение лицом, обязательство которого по их возмещению гарантируется обеспечительным правом (см. пункты 26 и 27).

c) Обязанность принимать меры для сохранения прав в обремененных активах

34. В случае нематериальных обремененных активов, таких, как право лица, предоставившего обеспечение, на получение платежа в форме дебиторской задолженности (например, в том, что касается депозитных счетов, роялти или прав по патентам, авторским правам и торговым маркам), основной составляющей обязательства лица, предоставившего обеспечение, проявлять заботливость является принятие необходимых мер для сохранения этих прав, независимо от того, воплощены ли они в оборотном документе (см. пункт 19).

d) Право на получение доходов или "гражданских плодов"

35. На любой прирост или прибыль от обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставившего обеспечение, независимо от того, рассматриваются ли эти дополнительные активы как гражданские или естественные плоды или как поступления (обсуждение этого вопроса см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты …), автоматически распространяется обеспечительное право, которым обладает обеспеченный кредитор, если стороны не договорились об ином (см. пункт 23).

e) Обязанность представлять и вести надлежащую отчетность

36. Если обремененные активы состоят из приносящего доход имущества, находящегося во владении лица, предоставившего обеспечение, то в той мере, в какой обеспечительное право распространяется на доходы или поступления от

использования активов, в обязанности лица, предоставившего обеспечение, может входить ведение надлежащей отчетности и разумное представление отчетов о распоряжении поступлениями, полученными от обремененных активов, и их использовании.

f) Право использовать, реализовывать, смешивать, обрабатывать и соединять обремененные активы

37. Предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, имеет право использовать, смешивать, обрабатывать и соединять обремененные активы с другими активами. В принципе лицо, предоставившее обеспечение, не должно иметь права реализовывать обремененные активы без разрешения обеспеченного кредитора. Однако в порядке исключения лицо, предоставившее обеспечение, может реализовывать обремененные активы, если такая реализация является частью обычной коммерческой деятельности лица, предоставившего обеспечение (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты …).

38. В случае реализации обремененных активов, в результате которой происходит прекращение обеспечительного права на эти активы, обеспечительное право может распространяться на поступления (обсуждение этого вопроса см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 41–47).

g) Право предоставлять другое обеспечительное право в тех же активах

39. Лицо, предоставившие обеспечение, следует наделить правом предоставлять последующее обеспечительное право в уже обремененных активах.

h) Обязанность обеспеченного кредитора отменить регистрацию и принять другие меры

40. После полного исполнения обеспеченного обязательства обеспеченный кредитор обязан освободить обремененные активы от обеспечительного права и обратиться с просьбой об аннулировании регистрации обеспечительного права или принять другие меры к тому, чтобы дать уведомление о том, что на активы лица, предоставившего обеспечение, уже не распространяется обеспечительное право (в силу того, что обеспеченный кредитор не может снять с себя это обязательство в договорном порядке, этот вопрос обычно будет регулироваться императивными нормами, а не резервными правилами).

iii. Посессорное и непосессорное обеспечение

a) Обязанность проявлять заботливость

41. Если обремененные активы являются материальными, то обязанность проявлять заботливость заключается главным образом в сохранении этих активов (см. пункт 17). Если обремененные активы являются нематериальными, то возлагаемая на обеспеченного кредитора обязанность проявлять заботливость включает как физическое сохранение любого документа, так и принятие необходимых мер для защиты и принудительного исполнения права на получение платежа, закрепленного в документе (см. также пункты 19 и 34).

b) Обязанность лица, предоставившего обеспечение, компенсировать непредвиденное снижение стоимости активов

42. Если стоимость обремененных активов существенно снижается по причинам, которые невозможно было предвидеть во время заключения соглашения об обеспечении, то лицо, предоставившее обеспечение, может быть вынуждено предоставить дополнительное обеспечение, чтобы компенсировать это непредвиденное и значительное снижение стоимости.

43. Что касается ожидаемого снижения стоимости обремененных активов, вызванного течением времени или рыночными условиями, то стороны соглашения об обеспечении могут пожелать предусмотреть, что, когда такое снижение стоимости достигает определенной значимой величины, от лица, предоставившего обеспечение, может потребоваться предоставить дополнительное обеспечение или обеспеченный кредитор может рассматривать такое снижение в качестве события неисполнения обязательства.

c) Право уступать обеспечительное право вместе с обеспеченным обязательством

44. Обеспеченный кредитор может свободно уступать обеспеченное обязательство, что обычно сопровождается уступкой обеспечительного права (см., например, статью 10 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке; в некоторых случаях обеспеченный кредитор может уступать обеспечительное право без обеспеченного обязательства; см. пункт 24). После такой уступки лицо, которому уступлено/передано такое обязательство и/или право, наследует все права и обязательства первоначального обеспеченного кредитора.

d) Обязанность обеспеченного кредитора возвратить обремененные активы или иным образом прекратить обеспечительное право

45. После полного исполнения обеспеченного обязательства обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, должен возвратить эти активы лицу, предоставившему обеспечение (см. пункт 30). В случае непосессорного обеспечения, зарегистрированного в публичном реестре, обеспеченный кредитор должен обратиться с просьбой об аннулировании обеспечительного права или дать уведомление об освобождении активов от обременения (см. пункт 40).

B. Резюме и рекомендации

46. В резервных правилах, включенных в настоящую главу, предпринимается попытка разъяснить права и обязательства сторон соглашения об обеспечении в период до неисполнения. Эти правила касаются только договорных прав и обязательств сторон до неисполнения, причем вопросы об имущественных последствиях соглашения об обеспечении и об отношениях между сторонами после неисполнения из рассмотрения исключены.

47. Эти правила носят диспозитивный, а не императивный характер, и, таким образом, формулировка "если не согласовано иного" должна служить преамбулой к каждому из прав и обязанностей, устанавливаемых для сторон согласно этим правилам. Следствием диспозитивного характера этих правил является то, что стороны могут отказаться от прав и обязательств, установленных для них в этой главе, или изменить их, если такой отказ не противоречит публичному порядку или не вступает в коллизию с основополагающим принципом добросовестности и честности.

48. В принципе стороны обеспеченной сделки должны иметь возможность свободно согласовывать условия своих взаимоотношений с учетом тех ограничений, которые обусловлены публичным порядком и защитой интересов третьих сторон. Например, обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, не может в договорном порядке снять с себя обязанность возвратить обремененные активы лицу, предоставившему обеспечение, после исполнения обеспеченного обязательства (см. пункты 30, 40 и 45).

49. Обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, должен проявлять заботливость, сохранять и поддерживать активы в хорошем состоянии. Обеспеченный кредитор обязан также производить любой необходимый ремонт для поддержания обремененных активов в таком состоянии. В случае материальных обремененных активов обеспеченный кредитор должен поддерживать такие активы в состоянии, позволяющем идентифицировать их надлежащим образом. Если эти активы легко заменимы, то обязанность проявлять заботливость включает обязанность сохранять обремененные активы в том же количестве, качестве и стоимости.

50. Если обремененные активы состоят из права лица, предоставившего обеспечение, на получение денежного платежа, независимо от того, воплощено ли это право в каком-либо документе, обязательство обеспеченного кредитора проявлять заботливость должно включать обязанность сохранять права лица, предоставившего обеспечение, по отношению к лицам, несущим акцессорную ответственность.

51. Обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, должен разрешать лицу, предоставившему обеспечение, проводить проверку состояния таких активов в любое разумное время. После полного исполнения обеспеченного обязательства обеспеченный кредитор обязан возвратить обремененные активы лицу, предоставившему обеспечение.

52. Обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, может иметь право удерживать в качестве дополнительного обеспечения любой прирост обремененных активов или доход, получаемый от таких активов. В случае денежных поступлений обеспеченный кредитор может использовать их для оплаты обеспеченного обязательства или переводить их лицу, предоставившему обеспечение.

53. За исключением ограниченных обстоятельств, обеспеченный кредитор не может создавать обеспечительного права в обремененных активах, находящихся в его владении.

54. Разумные расходы, понесенные обеспеченным кредитором в процессе исполнения своего обязательства по хранению и проявлению заботы об активах (включая расходы на страхование и выплату налогов), должны возмещаться обеспеченному кредитору. Право обеспеченного кредитора на возмещение таких расходов должно также обеспечиваться обремененными активами.

55. В случае непосессорного обеспечения на предоставившее обеспечение лицо, во владении которого остаются обремененные активы, должна также возлагаться обязанность хранить и обеспечивать сохранность активов. При выполнении этой обязанности лицо, предоставившее обеспечение, должно нести необходимые расходы, такие, как страховые премии, налоги и другие сборы.

56. Предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся активы, должно иметь право использовать, смешивать, обрабатывать и объединять обремененные активы с другими активами, а также реализовывать такие активы в ходе своей обычной коммерческой деятельности. Обеспечительное право может продолжать действовать в отношении поступлений или "гражданских плодов", получаемых от обремененных активов.

57. Предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, может предоставлять последующее обеспечительное право в таких активах.

58. Предоставившее обеспечение лицо, во владении которого находятся обремененные активы, должно предоставлять обеспеченному кредитору возможность проверять состояние таких активов в любое разумное время. В случае приносящих доход обремененных активов лицо, предоставившее

обеспечение, обязано вести разумную отчетную документацию, содержащую подробные сведения о распоряжении обремененными активами и использовании поступлений.

59. Если обремененные активы представляют собой нематериальные активы, то обязательство лица, предоставившего обеспечение, проявлять заботливость включает отстаивание или защиту прав такого лица на получение платежа или принятие мер, которые необходимы для взимания долга, причитающегося лицу, предоставившему обеспечение.

60. После полного исполнения обеспеченного обязательства обеспеченный кредитор обязан обратиться с просьбой об аннулировании регистрации обеспечительного права или принять любые другие меры, направленные на уведомление третьих сторон о том, что обремененные активы освобождены от обременения.

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)

СОДЕРЖАНИЕ

Пункты

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам 1–59

IX. Несостоятельность 1–59

A. Общие замечания 1–51

1. Введение 1–4

2. Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности . . 5–51

a. Включение обремененных активов в имущественную массу 7–19
b. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав 20–27
c. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности 28–29
d. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок 30–32
e. Относительный приоритет обеспечительных прав 33–35
f. Финансирование после открытия производства 36–41
g. Реорганизационная процедура 42–47
h. Ускоренная реорганизационная процедура 48–51

B. Резюме и рекомендации 52–59

IX. Несостоятельность

A. Общие замечания

1. Введение

1. В принципе при производстве по делу о несостоятельности следует признавать действенность и приоритет обеспечительного права и сохранять его экономическую стоимость. В то же время законодательство о несостоятельности может допускать изменение прав обеспеченных кредиторов ради достижения важных социальных и экономических задач (например, защита интересов необеспеченных кредиторов и работников). Если законодательство о несостоятельности допускает это, то кредиторы, обеспечительные права которых могут быть изменены, могут оценить этот риск и учитывать его при вынесении решения о предоставлении кредита и определении его условий. Поэтому государство, которое желает стимулировать развитие кредитных рынков с помощью введения современного режима обеспеченных сделок, увязанного с законодательством о несостоятельности, оказывается в выигрышном положении. В настоящей главе обсуждается связь между этими двумя режимами. Ее следует рассматривать совместно с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в котором вопросы,

поднятые в настоящем документе, берутся в более широком контексте законодательства о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.63 и добавления). Вопросы коллизии норм права, возникающие в связи с обеспечительными правами при производстве по делу о несостоятельности, рассматриваются в главе X.

2. Цели и задачи законодательства, регулирующего обеспеченные сделки, и законодательства о несостоятельности частично совпадают. И то, и другое касается взаимоотношений между должником и кредитором, и то, и другое побуждает должников соблюдать кредитную дисциплину. И в том, и в другом законодательстве преследуется цель признания обеспечительных прав и сохранения экономической стоимости этих прав. Действенное регулирование в одной области будет способствовать достижению позитивных результатов в другой. Например, законодательство об обеспеченных сделках может способствовать расширению наличия кредита и тем самым облегчать работу предприятий и препятствовать наступлению несостоятельности. Законодательство об обеспеченных сделках может также поощрять ответственное поведение кредиторов и должников, так как оно требует от кредиторов следить за способностью должников исполнять свои обязательства, тем самым препятствуя возникновению чрезмерной задолженности и последующей несостоятельности. Кроме того, законодательство об обеспеченных сделках, которое предусматривает публичную регистрацию обеспечительных прав, облегчит работу управляющего в деле о несостоятельности по оперативному выявлению потенциальных обеспеченных кредиторов (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты …).

3. Тем не менее в случаях, когда положения законодательства об обеспеченных сделках и законодательства о несостоятельности пересекаются, возникает напряженность, так как в них используются разные подходы к возвращению задолженности и исполнению других обязательств. Одна из основных задач режима обеспеченных сделок состоит в обеспечении того, чтобы стоимость обремененных активов защищала обеспеченного кредитора в случае неисполнения обязательств по отношению к нему, тогда как режим несостоятельности применяется в обстоятельствах, когда обязательства перед всеми кредиторами не могут быть исполнены в полном объеме. Кроме того, в режиме обеспеченных сделок основное внимание уделяется эффективному обеспечению прав отдельных кредиторов, с тем чтобы максимально повысить вероятность исполнения взятых по отношению к ним обязательств или реализации экономической стоимости. С другой стороны, в режиме несостоятельности преследуется цель в максимально возможной степени возвратить всем кредиторам причитающиеся им средства путем предотвращения острой конкуренции между кредиторами в связи с индивидуальной реализацией их прав в отношении их общего должника.

4. Законодатели, пересматривающие действующие законы или устанавливающие новый режим в области обеспеченных сделок, могут ослабить эту напряженность посредством согласования предлагаемого законодательства с действующим или предлагаемым режимом несостоятельности. Изменение прав обеспеченных кредиторов в рамках одного из этих режимов должно основываться на тщательно разработанной стратегии и должно быть ясно и последовательно сформулировано в законодательстве, поскольку реформирование одного режима может повлечь за собой непредвиденные издержки для субъектов другого режима в плане заключения сделок и исполнения.

2. Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности

5. Современные режимы несостоятельности в целом предусматривают два вида процедур: ликвидацию и реорганизацию. В ходе ликвидационной процедуры представитель в деле о несостоятельности объединяет активы несостоятельного должника, продает или каким-либо иным образом реализует их и распределяет поступления между кредиторами этого должника. Активы могут ликвидироваться в индивидуальном порядке, все сразу, поэтапно или же в рамках деятельности предприятия как функционирующей хозяйственной единицы. В случае ликвидации индивидуальных активов поэтапно или в рамках деятельности в качестве хозяйственной единицы может потребоваться продолжение функционирования предприятия несостоятельного должника.

6. С другой стороны, при реорганизационной процедуре цель производства заключается в продолжении деятельности несостоятельного должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если это экономически возможно, с тем чтобы обеспечить для всех заинтересованных сторон большую отдачу от продолжения деятельности предприятия, чем дает размер его ликвидационной стоимости (см. пункты 42–47). Широко применяется также ускоренная реорганизационная процедура, которая позволяет обеспечить быстрое судебное или административное подтверждение в ходе формальной реорганизационной процедуры соглашения, достигнутого основными кредиторами или категориями кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности (например, реорганизация, касающаяся только таких отдельных категорий долга, как финансовая задолженность; см. пункты 48–51).

a. Включение обремененных активов в имущественную массу

7. Изначальный вопрос заключается в том, являются ли обремененные активы частью "имущественной массы", создаваемой после открытия производства по делу о несостоятельности против несостоятельного должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, пункты 60–62 и 66, и рекомендацию 27). "Несостоятельным должником" может быть должник или третья сторона, предоставившая обеспечение [*Примечание для Рабочей группы: нужно будет скорректировать определение несостоятельного должника, содержащееся в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 14.*] Когда должник и лицо, предоставившее обеспечение, являются двумя разными лицами, в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, активы входят в состав имущественной массы, а в случае несостоятельности должника могут быть затронуты активы третьей стороны, предоставившей обеспечение, которые находятся во владении должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7, пункты 115–117, и рекомендации 46–47).

8. Включение обремененных активов в состав имущественной массы может иметь разные последствия. В правовых системах многих стран включение таких активов в имущественную массу ограничит способность обеспеченного кредитора реализовать свое обеспечительное право (см. пункт 20). Любые такие законодательные ограничения в отношении коммерческих соглашений будут приниматься во внимание кредиторами при решении вопроса о том, предоставлять ли кредит должнику и по какой стоимости. Законодательство о несостоятельности некоторых стран, требующее, чтобы все активы сразу становились объектом производства по делу о несостоятельности, разрешает отделять обремененные активы от имущественной массы в том случае, если есть доказательства, указывающие на причинение вреда или ущерба экономической стоимости обеспечительного права, или если установлено, что конкретные активы полностью обременены и не нужны для реорганизационной процедуры.

9. Чтобы можно было оценить, обеспечит ли продолжение производства максимальную отдачу для всех кредиторов, законодательство о

несостоятельности может предусматривать установление контроля над обремененными активами в ходе производства по делу о несостоятельности. Вследствие этого обеспеченному кредитору может быть запрещено вступать во владение обремененными активами или, если они находятся в его владении, от него могут потребовать передать их во владение представителя в деле о несостоятельности. Такой подход может использоваться не только при реорганизационной, но и при ликвидационной процедуре, когда деятельность предприятия несостоятельного должника должна продолжаться в процессе поэтапной ликвидации активов или когда есть вероятность того, что предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Поскольку во время открытия производства по делу о несостоятельности нелегко узнать, желательно ли продолжать деятельность предприятия, режимы несостоятельности многих стран предусматривают включение обремененных активов в состав имущественной массы в течение по крайней мере ограниченного периода времени.

10. Имущественная масса в деле о несостоятельности обычно включает все активы, как материальные (движимое или недвижимое имущество), так и нематериальные, в которых несостоятельный должник имел какое-либо право (право собственности или иное имущественное или договорное право) во время открытия производства по делу о несостоятельности. Что конкретно входит в имущественную массу, может зависеть от того, обременен ли данный актив или нет и распространяется ли на него действие какого-либо договора с третьей стороной с исполнением в будущем, например договор о купле–продаже или договор аренды. В любом случае актив или договорное право, которое несостоятельный должник имеет в отношении обремененных активов, будет входить в состав имущественной массы и чистая стоимость актива или договорного права будет такой же (т.е. стоимость актива за вычетом размера обеспеченного долга).

11. В тех правовых системах, в которых передача правового титула для целей обеспечения рассматривается как инструмент права собственности, даже в случае несостоятельности активы, переданные несостоятельным должником кредитору, не входят в состав имущественной массы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 31). В то же время уплаченная цена и любые связанные с этим права являются частью имущественной массы. В правовых системах, в которых такая передача правового титула рассматривается как инструмент обеспечения, такие активы входят в состав имущественной массы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 32).

12. Независимо от того, отождествляется ли удержание правового титула с обеспечительным правом, активы не всегда включаются в состав имущественной массы. Например, в той или иной правовой системе может преследоваться цель защиты поставщиков или других лиц, финансирующих покупную цену, от требований других кредиторов, когда активы и дела их общего должника ликвидируются в ходе производства по делу о несостоятельности. Даже в таких правовых системах действие этого исключения не распространяется на реорганизационную процедуру, поскольку в этом случае преследуется чрезвычайно важная цель обеспечения продолжения деятельности потенциально жизнеспособных предприятий.

13. Договор купли–продажи, содержащий положения об удержании правового титула, как правило, рассматривается как договор с исполнением в будущем. Представитель в деле о несостоятельности может принять решение оплатить остаток покупной цены и включить активы в состав имущественной массы или объявить договор расторгнутым и заявить, что часть цены была оплачена несостоятельным должником. Если представитель в деле о несостоятельности принимает решение не оплачивать цену, продавец может претендовать на данные

активы как собственник или настаивать на оплате причитающейся части покупной цены.

14. Если стоимость обремененных активов превышает размер обеспеченного требования, все то, что остается после ликвидации и платежей по данному обеспеченному требованию, является частью имущественной массы. Если событие несостоятельности отсутствует, то обеспеченный кредитор должен будет отчитаться перед лицом, предоставившим обеспечение, за все дополнительные поступления. Если же эти активы реализуются в ходе процедур несостоятельности, то образовавшийся остаток распределяется среди других кредиторов.

15. В случае соглашений об удержании правового титула в разных правовых системах предусматриваются различные меры при образовании остатка. В одних правовых системах продавец имеет право удерживать любой остаток, образовавшийся после продажи актива и удовлетворения требования продавца, тогда как в других правовых системах продавец обязан передать любой остаток в состав имущественной массы. Это может зависеть от того, рассматриваются ли такие соглашения как обеспеченные сделки или как инструменты права собственности, а также от того, продолжает ли действовать соответствующий договор или он расторгается представителем по делу о несостоятельности (см. пункты 12–13).

16. Законодательство о несостоятельности может предусматривать время и порядок определения экономической стоимости обеспечительного права. Общий подход состоит в том, что стоимость определяется на момент формального открытия производства по делу о несостоятельности [*Примечание для Рабочей группы: Этот вопрос не рассматривается в Руководстве по законодательству о несостоятельности*]. Порядок определения стоимости обычно увязывается с процедурой признания действительности требований в отношении имущественной массы должника (описание различных возможных механизмов признания требований, включая обеспеченные требования, содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

17. Соглашение об обеспечении, в котором не затрагиваются вопросы несостоятельности, может предусматривать, что обеспечительное право охватывает поступления от обремененных активов и активы, приобретенные впоследствии. С помощью законодательства о несостоятельности можно урегулировать вопрос о том, сохраняет ли обеспеченный кредитор право на эти поступления и активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности.

18. Поступления, полученные в результате распоряжения обремененными активами, по существу заменяют эти активы и в принципе обеспечивают экономическую стоимость обеспечительного права. Поступления в виде плодов и продуктов от обремененных активов не являются заменителями в буквальном смысле этого слова, а представляют собой естественные приращения, на которые, как ожидают все стороны, будет распространяться обеспечительное право. Однако если представитель в деле о несостоятельности несет расходы в связи с такими поступлениями, то возмещение таких расходов в конечном итоге должно осуществляться за счет обеспеченного кредитора, а не за счет имущественной массы.

19. Активы, которые приобретены в состав имущественной массы после открытия производства по делу о несостоятельности и в которых обеспеченный кредитор может иметь право за рамками несостоятельности, не заменяют обремененных активов или естественных приращений или продуктов от этих активов. В отсутствие нового финансирования со стороны обеспеченного

кредитора довод в пользу признания права кредитора в этих новых активах представляется менее убедительным.

b. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав

20. Законодательством о несостоятельности во многих странах предусматривается введение запрета или моратория на действия кредиторов по исполнению их требований или на использование любых средств защиты или процессуальных действий против несостоятельного должника после открытия производства по делу о несостоятельности. Такой мораторий может вводиться либо автоматически, либо по усмотрению суда по его собственной инициативе или по ходатайству любой заинтересованной стороны. Правовые системы ряда стран распространяют действие такого моратория как на необеспеченных, так и на обеспеченных кредиторов. Мораторий на принудительную реализацию обеспечительных прав объясняется теми же причинами, что и включение обремененных активов в состав имущественной массы (см. пункт 8). В то же время ограничения в отношении способности обеспеченного кредитора реализовать свое обеспечительное право могут оказать неблагоприятное воздействие на стоимость и наличие кредитов. Законодательство о несостоятельности призвано уравновесить эти конкурирующие интересы (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункты 73, 75–78, 80–83, 84, 87, 91–92, 94 и 96–102, а также рекомендации 40–42).

21. Если процедуры несостоятельности начинаются лишь с того момента, когда суд принимает решение по ходатайству об открытии производства по делу о несостоятельности, суд может быть уполномочен выносить распоряжение о принятии защитных мер по сохранению имущественной массы в период между подачей ходатайства и решением суда по этому ходатайству. Суд может вынести распоряжение о принятии таких защитных мер по своему усмотрению, будь то по своей собственной инициативе или же по ходатайству заинтересованной стороны. В случае, когда такие временные меры предусматриваются, они могут включать запрет на вступление обеспеченного кредитора во владение обремененными активами или на иную принудительную реализацию его обеспечительного права. Поскольку эти меры носят временный характер и предписываются до принятия решения об открытии производства, суд может потребовать, чтобы кредиторы, настаивающие на таких мерах, представили доказательства необходимости принятия той или иной меры и в некоторых случаях предоставили ту или иную форму обеспечения в отношении расходов или убытков, которые могут быть понесены.

22. Необходимость вводить в течение длительного времени мораторий на принудительную реализацию обеспечительного права является менее настоятельной в случае ликвидационной процедуры, когда активами распоряжаются в индивидуальном порядке, а не как функционирующей хозяйственной единицей. Здесь могут использоваться различные подходы. Например, режим несостоятельности может предусматривать, что действие моратория не распространяется на обеспеченных кредиторов, но при этом поощрять переговоры между несостоятельным должником и кредиторами до открытия производства по делу о несостоятельности для достижения наиболее приемлемых результатов для всех сторон. Альтернативный подход может предусматривать, что в производстве по делу о несостоятельности срок действия моратория истекает через какой-то конкретный непродолжительный период времени (скажем, через 30 дней), если суд не продлит срока действия моратория на основаниях, предусмотренных в законодательстве о несостоятельности. Эти основания могут включать наличие разумной возможности того, что предприятие будет продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что такая продажа повысит стоимость предприятия и что

обеспеченные кредиторы не понесут чрезмерного ущерба. Еще один подход заключается в том, чтобы оставить принятие решения об отмене моратория на усмотрение суда, осуществляющего надзор за производством по делу о несостоятельности, но при этом в законодательном порядке определить принципы реализации такого усмотрения.

23. Более веские основания для установления моратория возникают тогда, когда производство по делу о несостоятельности осуществляется на основе реорганизационной процедуры. Изъятие обремененных активов из предприятия в большинстве случаев сведет на нет попытки продолжить его работу или продать его в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Поэтому в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть распространение действия моратория на обеспеченных кредиторов в течение периода времени, необходимого для разработки, утверждения и осуществления плана реорганизации (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункт 91).

24. При установлении моратория на принудительные действия обеспеченного кредитора режим несостоятельности должен предусматривать гарантии сохранения экономической стоимости обеспечительных прав в обремененных активах. Такие гарантии могут включать судебные предписания в отношении выплаты наличных средств в виде процентов по обеспеченному требованию, выплат в порядке компенсации уменьшения стоимости обременительных активов и расширения обеспечительного права для охвата дополнительных или замещающих активов. Необходимость в таких гарантиях встает особенно остро, когда обремененные активы являются портящимися или высоколиквидными (например, наличные средства или эквиваленты наличных средств). Критерием для оценки таких гарантий может быть ситуация, в которой находился бы обеспеченный кредитор, если бы он в принудительном порядке реализовал свое обеспечительное право до начала производства по делу о несостоятельности.

25. Кроме того, законодательство о несостоятельности может также предусматривать освобождение обеспеченного кредитора от действия моратория путем наделения представителя в деле о несостоятельности правом передать обремененные активы обеспеченному кредитору. Основания для такой передачи могут включать случаи, когда обремененные активы не имеют ценности для имущественной массы и не являются значимыми для продажи или восстановления предприятия; когда сохранение стоимости обеспечительного права не представляется возможным или чрезмерно обременительно, а также когда представитель в деле о несостоятельности своевременно не продал или иным образом не реализовал обремененные активы. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, что после отмены моратория в отношении каких-либо конкретных обремененных активов обеспеченный кредитор может использовать – за свой счет и если он того пожелает –процедуры производства по делу о несостоятельности для продажи обремененных активов или какого-либо иного распоряжения ими.

26. Когда обремененные активы необходимы для производства по делу о несостоятельности, представитель в деле о несостоятельности может быть уполномочен использовать их, обеспечивая при этом сохранение стоимости обеспечительного права. Кроме того, представитель в деле о несостоятельности может быть уполномочен реализовать обремененные активы свободными от какого-либо обеспечительного права, при условии, что он уведомляет об этом обеспеченного кредитора, что обеспеченному кредитору предоставляется возможность возражать против этого, что никто не освобождается от действия моратория и что приоритет в поступлениях от реализованных активов сохраняется за обеспеченным кредитором (см. A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.7, пункты 269, 278–280 и 292, а также рекомендации 44–45 и 51).

27. Если применимое законодательство, регулирующее обеспеченные сделки, дает право обеспеченному кредитору распоряжаться активами за рамками процедуры несостоятельности, то возникает вопрос, должен ли этот обеспеченный кредитор, а не управляющий в деле о несостоятельности контролировать распоряжение соответствующими обремененными активами в период несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности можно было бы предусмотреть, что при ликвидационной процедуре суд может распорядиться передать обремененные активы обеспеченному кредитору, если стоимость обремененных активов недостаточна для удовлетворения требований по обеспеченному обязательству и есть веские основания полагать, что обеспеченный кредитор продаст их с большей легкостью и по более высокой цене [*Примечание для Рабочей группы: В более общем плане этот вопрос рассматривается в рекомендации 42, содержащейся в Руководстве по законодательству о несостоятельности*]. В любом случае законодательство о несостоятельности должно четко предусматривать, что любой остаток, образовавшийся после оплаты разумных расходов и удовлетворения обеспеченного требования, должен быть возвращен в состав имущественной массы.

c. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

28. Если обремененные активы являются частью имущественной массы и если затрагиваются права обеспеченных кредиторов, таким кредиторам предоставляется право эффективно участвовать в производстве по делу о несостоятельности, в том числе в любых переговорах, направленных на достижение мировой сделки. Степень такого участия регулируется законодательством о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11, пункты 261–262, 269, 278–280 и 292, а также рекомендацию 110). Например, обеспеченные кредиторы могут входить в состав общих комитетов кредиторов и голосовать только по тем вопросам, которые касаются обремененных активов, или в состав отдельных комитетов для обеспеченных кредиторов.

29. Когда обеспеченные кредиторы полагаются на обремененные активы для оплаты всего объема или части своих требований, законодательство о несостоятельности может допускать их участие в производстве в той мере, в какой их требование не обеспечено. В случаях, когда обеспеченные кредиторы уступают свое обеспечительное право представителю в деле о несостоятельности, законодательство о несостоятельности может предоставлять им возможность участвовать в производстве в такой же мере, как и обычным необеспеченным кредиторам. Когда требование обеспеченного кредитора изменяется в рамках плана реорганизации, обеспеченному кредитору может быть предоставлено право участвовать в процедурах реорганизации.

d. Действенность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок

30. В целом обеспечительное право, являющееся действительным по отношению к несостоятельному должнику и третьим сторонам за рамками производства по делу о несостоятельности, должно быть признано действительным в самом производстве по делу о несостоятельности. Однако действительность обеспечительного права в ходе производства по делу о несостоятельности обычно можно оспорить на тех же основаниях, на которых может быть оспорена любая другая сделка. Представителю в деле о несостоятельности или кредиторам может быть разрешено добиваться аннулирования ("расторжения") или признания недействительной иным образом любой сделки, которая может свести на нет, воспрепятствовать или задержать выполнение требований кредиторов ("мошеннической сделки"), или преференциальной или связанную с занижением стоимости сделки,

совершенной несостоятельным должником в течение определенного периода времени до открытия производства по делу о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, пункт 170 и рекомендацию 71).

31. Создание или передача обеспечительного права представляет собой передачу имущества при условии соблюдения этих общих положений, а если такая передача является мошеннической, преференциальной или связанной с занижением стоимости, то она может быть аннулирована или признана недействительной иным образом. Это означает, что обеспечительное право, которое является действительным согласно режиму обеспеченных сделок в какой-либо правовой системе, может быть признано недействительным при определенных обстоятельствах согласно режиму, регулирующему несостоятельность в этой же правовой системе. Поэтому необходимо, чтобы основания для такого аннулирования обеспечительного права были сформулированы четко и приводили к предсказуемым результатам.

32. В случае ликвидационных процедур выплата поступлений от обремененных активов не только допускается, но и требуется, если только требование о такой выплате не отменяется другими применимыми принципами.

e. Относительный приоритет обеспечительных прав

33. Режим обеспеченных сделок устанавливает приоритет требований в отношении обремененных активов. Определенность с точки зрения приоритетности является одним из определяющих факторов наличия и стоимости кредита. Поэтому важно, чтобы законодательство о несостоятельности обеспечивало соблюдение приоритетности обеспечительных прав, существовавшей до открытия производства по делу о несостоятельности ("приоритет до наступления несостоятельности"). Исключения из этого принципа должны быть ограниченными по своему количеству и стоимости, и положения, касающиеся наличия и размера этих исключений, должны быть ясными и приводить к предсказуемым результатам (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, пункты 423–425 и рекомендацию 168). Например, такие исключения могут быть установлены не только в трудовом или налоговом законодательстве, но и в законодательстве о несостоятельности и обеспеченных сделках.

34. Примером такого исключения из принципа соблюдения приоритета обеспечительных прав до наступления несостоятельности являются привилегированные требования (например, требования, касающиеся невыплаченной заработной платы, пособий работников или налогов). Хотя в правовых системах большинства стран этим требованиям предоставляется приоритет только над необеспеченными требованиями, некоторые правовые системы устанавливают для них более высокий приоритет, чем даже для обеспеченных требований. Еще одним примером такого исключения является выделение части имущественной массы, включая обремененные активы, в пользу некоторых категорий необеспеченных кредиторов, например работников или групп лиц, которым причинен ущерб в результате действий несостоятельного должника.

35. Общее правило состоит в том, что на стоимость обремененных активов не распространяется сбор на общие административные расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности. Тем не менее представитель в деле о несостоятельности может нести расходы, связанные с сохранением обремененных активов, и оплачивать эти расходы из средств, входящих в состав имущественной массы. В силу того, что такие расходы позволяют сохранить экономическую стоимость обеспечительного права, отказ от предоставления приоритета таким административным расходам по сравнению с обеспеченным кредитором означал бы необоснованное обогащение обеспеченного кредитора за

счет необеспеченных кредиторов. Однако, чтобы не допустить чрезмерных затрат такого рода, законодательство о несостоятельности может ограничивать такой приоритет разумной суммой предполагаемых расходов, которые идут непосредственно на сохранение или защиту обремененных активов.

f. Финансирование после открытия производства

36. Чтобы производство по делу о несостоятельности, предполагающее будь то ликвидацию или реорганизацию, давало всем кредиторам максимальную отдачу, представитель в деле о несостоятельности должен располагать достаточными средствами для покрытия расходов на такую ликвидацию или реорганизацию. В случае ликвидации расходы такого рода могут включать затраты, связанные с сохранением и защитой активов, входящих в состав имущественной массы, до их продажи или иного отчуждения. В случае реорганизации такие расходы могут включать выплату заработной платы и финансирование других эксплуатационных затрат, которые позволяют несостоятельному должнику продолжать деятельность своего предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы в ходе производства по делу о несостоятельности.

37. В некоторых случаях представитель в деле о несостоятельности может уже располагать достаточными ликвидными средствами для финансирования таких предполагаемых расходов в виде наличных средств или других активов, которые будут преобразованы в наличность (например, предполагаемые поступления от дебиторской задолженности). Однако такие активы могут быть уже обременены действительными обеспечительными правами, принадлежащими более ранним кредиторам несостоятельного должника (например, заимодателю, который обладает обеспечительными правами в дебиторской задолженности несостоятельного должника, возникающие в виде поступлений от продажи инвентарных запасов). Использование таких активов представителем в ходе процедур несостоятельности вполне может причинить ущерб экономической стоимости таких обеспечительных интересов или даже лишить их такой стоимости. Поэтому представителю в деле о несостоятельности можно разрешить использовать такие активы в ходе производства по делу о несостоятельности только в том случае, если обеспечена защита прав более ранних обеспеченных кредиторов на получение экономической стоимости их обеспечительных прав. В противном случае потенциальные обеспеченные кредиторы будут не склонны предоставлять кредиты (юридическому или физическому) лицу, зная, что если это лицо станет субъектом производства по делу о несостоятельности, то они могут потерять экономическую стоимость своих обеспечительных прав.

38. В других случаях существующие ликвидные активы и предполагаемые поступления наличных средств, входящие в состав имущественной массы, могут оказаться недостаточными для финансирования расходов, связанных с процедурами несостоятельности, и представитель в деле о несостоятельности может попытаться привлечь финансирование от третьих сторон. Такое финансирование может принимать форму кредита, предоставляемого поставщиками товаров и услуг для включения в имущественную массу, или ссуд и других форм кредитования, предоставляемых заимодателями. Такими заимодателями зачастую являются те же поставщики и заимодатели, которые предоставляли кредит должнику до открытия производства по делу о несостоятельности. Как правило, такие поставщики кредита будут готовы предоставить кредит для включения в имущественную массу только в том случае, если они получат соответствующую гарантию (либо в виде привилегированного требования в отношении активов, входящих в имущественную массу, либо в виде обеспечительных прав в таких активах) того, что их кредит будет возвращен. И в данном случае эти активы могут быть уже обременены действительными обеспечительными правами, принадлежащими

более ранним кредиторам несостоятельного должника, и по причине, упомянутой в предыдущем пункте, новым кредиторам, к которым обращаются с просьбой о предоставлении кредита для включения в имущественную массу, предоставляется право привилегированного требования или обеспечительные права в существующих или будущих активах несостоятельного должника только в той мере, в какой обеспечена защита экономической стоимости любых ранее существовавших обеспечительных прав.

39. Таким образом, при использовании любого из этих механизмов финансирования (которые в совокупности именуются "финансированием после открытия производства") крайне важно, чтобы экономическая стоимость обеспечительных прав более ранних обеспеченных кредиторов была защищена, с тем чтобы они не понесли чрезмерного ущерба. Если обремененные активы имеют стоимость, которая существенно превышает сумму обязательств в пользу ранее существовавших обеспеченных кредиторов, то на начальном этапе может и не потребоваться никакой специальной защиты этих более ранних обеспеченных кредиторов (при условии, что таким кредиторам будет предоставлено право просить о такой защите в случае изменения обстоятельств). Однако во многих случаях о таком превышении стоимости говорить не приходится, и ранее существовавшие обеспеченные кредиторы должны иметь защиту для сохранения экономической стоимости их обеспечительных прав. Меры по защите стоимости могут включать периодические платежи или обеспечительные права в дополнительных активах взамен активов, которые использует представитель в деле о несостоятельности или которые обременяются в интересах нового заимодателя.

40. Когда более раннему обеспеченному кредитору предоставляется защита, важно, чтобы такой кредитор не получал больших прав, чем он был бы вправе получить, если бы не требовалось финансирование после открытия производства. Таким образом, предоставление дополнительных обеспечительных прав не должно приводить к улучшению его обеспеченного положения, существовавшего до наступления несостоятельности, в результате, например, обеспечения возникших до наступления несостоятельности обязательств, которые ранее не были обеспечены. Напротив, любые дополнительные обеспечительные права, предоставляемые более раннему обеспеченному кредитору, должны служить гарантией лишь того, что ему будет возмещена за счет имущественной массы сумма, на которую уменьшилась стоимость обремененных активов, в которых этот кредитор ранее имел обеспечительные права.

41. Законодательство о несостоятельности может содержать конкретные положения о финансировании после открытия производства с указанием обстоятельств, в которых такое финансирование может предоставляться, применимых в этом случае правил и последствий такого финансирования для прав всех сторон. Такое законодательство может предусматривать, что финансирование после открытия производства, которое затрагивает права более ранних обеспеченных кредиторов, может предоставляться только по постановлению суда, при условии, что соответствующее уведомление будет направлено всем затронутым сторонам и им будет предоставлено право быть заслушанными. Законодательство о несостоятельности, которое содержит четкие правила такого рода, дает возможность кредитору при предоставлении кредита состоятельному должнику иметь в виду возможность финансирования после открытия производства. Четкие законодательные положения на этот счет обеспечивают большую транспарентность и предсказуемость, чем режим, который лишь допускает достижение путем переговоров соглашений между новым кредитором и представителем в деле о несостоятельности (дополнительное обсуждение этого вопроса см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, пункты 416–420 и рекомендации 162–165).

g. Реорганизационная процедура

42. Главная цель реорганизационной процедуры заключается в том, чтобы максимально повысить стоимость имущественной массы в деле о несостоятельности в интересах всех заинтересованных сторон посредством разработки плана спасения предприятия. Для достижения этой цели может потребоваться, чтобы обеспеченный кредитор участвовал в реорганизационной процедуре, особенно в том случае, если обремененные активы должны использоваться для реорганизации предприятия несостоятельного должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункты 321, 325, 327, 329–334, 349 и 351).

43. В то же время важным следствием требования об участии обеспеченного кредитора в реорганизации является то, что обеспеченного кредитора не следует против его воли ставить в худшее положение, чем то, в котором он оказался бы, если бы он воспользовался своим правом принудительного исполнения при несостоятельности для отчуждения обремененных активов и использования поступлений от такого отчуждения для исполнения обеспеченных обязательств. Общая посылка заключается в том, что экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора должна сохраняться и поддерживаться в ходе реорганизации. В ином случае неопределенность, возникающая в результате неспособности обеспеченного кредитора рассчитывать на получение экономической стоимости своих обеспечительных прав в случае реорганизации предприятия несостоятельного должника в ходе производства по делу о несостоятельности, может привести к тому, что обеспеченный кредитор с самого начала не предоставит кредита должнику или предоставит его по большей стоимости. Кроме того, такое сохранение стоимости имеет также чрезвычайно важное значение для привлечения финансирования, в котором будет нуждаться несостоятельный должник в связи с осуществлением плана реорганизации своего предприятия и его эксплуатацией в качестве санированного предприятия.

44. Возникают ситуации, когда обеспеченный кредитор должен участвовать в реорганизации, но при этом предлагаемый план реорганизации содержит положения, которые негативно затрагивают права этого кредитора. Обеспеченный кредитор может тем не менее согласиться на обязательность для себя этого плана. Однако, если обеспеченный кредитор не соглашается на это, встает вопрос о том, может ли план реорганизации быть обязательным для обеспеченного кредитора, несмотря на его возражение.

45. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что план реорганизации является обязательным для обеспеченного кредитора, несмотря на возражения последнего, то в таком законодательстве должно быть также предусмотрено основное защитное положение о том, что экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора не должна уменьшиться по этому плану без согласия этого кредитора. Как минимум обеспеченный кредитор должен получить по этому плану не меньше, чем он получил бы в случае ликвидационной процедуры, если только он не согласился с планом реорганизации. Защита обеспечительных прав обеспеченного кредитора по законодательству о несостоятельности должна быть ясной и транспарентной, с тем чтобы он мог решить, предоставлять ли кредит, и если да, то на каких условиях, твердо зная при этом, что в случае несостоятельности должника его обеспечительные права будут должным образом защищены, даже если будет принят план реорганизации, несмотря на возражение группы, в которую входит обеспеченный кредитор, или возражение самого обеспеченного кредитора.

46. Имеется ряд примеров того, как сохранить в плане реорганизации экономическую стоимость обеспечительных прав даже в том случае, если эти обеспечительные права изменяются по такому плану. Если план предусматривает, что обеспеченный кредитор получит по плану платеж

наличными в обмен на обеспеченные обязательства, то размер такого наличного платежа должен быть не меньше того, что обеспеченный кредитор получил бы в результате судебного процесса. Если план предусматривает отказ обеспеченного кредитора от своих обеспечительных прав в некоторых обремененных активах, то этот план должен предусматривать заменяющие активы по крайней мере равной стоимости, с тем чтобы они могли стать предметом обеспечительных прав обеспеченного кредитора, если только оставшиеся обремененные активы не имеют достаточной стоимости, позволяющей полностью удовлетворить требования обеспеченного кредитора после их реализации. Если план подчиняет права обеспеченного кредитора правам другого обеспеченного кредитора, то обремененные активы должны иметь достаточную стоимость, позволяющую полностью удовлетворить требованиям обеспеченных кредиторов как первой, так и второй очереди после любой формы реализации обремененных активов. Если план предусматривает выплату конкретной суммы по обеспеченным обязательствам со временем, то обеспеченный кредитор должен сохранить свои обеспечительные права и нынешнюю стоимость будущих платежей по этим обеспеченным обязательствам. Кроме того, процентная ставка по измененным обеспеченным обязательствам должна быть не меньше суммы, которую обеспеченный кредитор получил бы в судебном порядке [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что этот вопрос не рассматривается в проекте руководства по законодательству о несостоятельности.*]

47. Вопрос о том, сохраняется ли экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора в результате осуществления плана реорганизации, пожалуй, является во многих обстоятельствах скорее вопросом установления факта, чем вопросом права. В случае если в ходе производства по делу о несостоятельности оспаривается факт сохранения по плану реорганизации экономической стоимости обеспечительных прав, то определение такой стоимости зачастую требует учета рыночных условий и конъюнктуры. Так, такое определение может потребовать заключения специалистов, особенно если статус обеспеченного кредитора по плану сопряжен с обремененными активами, нынешняя стоимость которых может зависеть от будущих результатов деятельности несостоятельного должника и поэтому может содержать элементы риска такой деятельности, которые необходимо учитывать при определении стоимости. В случае, если стороны в споре не пришли к согласию, суд должен будет на основе представленных свидетельств принять решение о том, сохраняется ли экономическая стоимость обеспечительных прав.

h. Ускоренная реорганизационная процедура

48. В последние годы немало внимания уделялось разработке ускоренной реорганизационной процедуры ("ускоренная процедура") в качестве средства ускорения реорганизации предприятия несостоятельного должника без каких-либо издержек или задержек, с которыми сопряжена формальная реорганизационная процедура, в ситуациях, когда все или почти все крупные кредиторы несостоятельного должника могут достичь договоренности в отношении условий реорганизации (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункт 369).

49. Ускоренная процедура может принимать форму процедуры, при которой: i) до открытия формального производства по делу о несостоятельности кредиторы сначала проводят переговоры относительно условий предлагаемого плана реорганизации; ii) затем открывается формальное производство по делу о несостоятельности; и iii) план реорганизации представляется суду на одобрение на ускоренной основе (но с соблюдением тех же требований в отношении раскрытия информации и проведения голосования всеми кредиторами несостоятельного должника, а также других процедурных требований, которые применяются при формальной реорганизационной процедуре). В случае

одобрения план реорганизации становится обязательным и для тех кредиторов, которые не согласились с этим планом, как и при формальной реорганизационной процедуре. В то же время некоторые предложения в отношении ускоренной процедуры предусматривают меньшую степень участия суда и основываются главным образом на договоренностях между крупными кредиторами несостоятельного должниками, при этом обращение в суд предполагается только в ограниченных целях.

50. С точки зрения содействия наличию обеспеченного кредитования по низкой стоимости крайне важно, чтобы ускоренная процедура не обманывала разумных ожиданий обеспеченных кредиторов и не порождала ситуации, при которой обеспеченный кредитор оказывается в результате применения такой процедуры в худшем положении, чем в случае формального производства по делу о несостоятельности. Так, например, в рамках ускоренной процедуры нельзя без согласия обеспеченного кредитора лишать его возможности реализовать полную экономическую стоимость его обремененных активов и необходимо предусмотреть предоставление обеспеченному кредитору разумной компенсации за любое уменьшение этой стоимости в результате использования таких активов несостоятельным должником в ходе применения процедуры. Кроме того, ускоренная процедура не должна разочаровывать обеспеченного кредитора в его разумных ожиданиях, основанных на его кредитных документах и применимом праве, в отношении выбора норм права или соответствующего суда.

51. В целом существование в той или иной правовой системе хорошо продуманной ускоренной процедуры, в которой соблюдаются перечисленные выше принципы, будет побуждать кредиторов предоставлять в рамках такой системы обеспеченные кредиты.

B. Резюме и рекомендации

52. В принципе обремененные активы должны включаться в состав имущественной массы в деле о несостоятельности. Если основополагающая сделка представляет собой операцию с правом собственности (передача или удержание правового титула), то активы или права несостоятельного должника, касающиеся данных активов, должны включаться в состав имущественной массы (см. пункты 7–19).

53. На обремененные активы должно распространяться действие введенного моратория и других соответствующих ограничений. В законодательстве о несостоятельности должны быть конкретно указаны требования, срок действия и последствия моратория и соответствующих ограничений, а также основания для возможного нераспространения действия моратория на обеспеченных кредиторов. В любом случае необходимо предусмотреть достаточные меры защиты для сохранения стоимости обеспечительных прав (см. пункты 20–27).

54. Если в ходе производства по делу о несостоятельности затрагиваются права обеспеченных кредиторов, режим несостоятельности должен предусматривать возможность их действенного участия в производстве по делу о несостоятельности, с тем чтобы они могли защитить свои права (см. пункты 28–29).

55. С учетом любых действий, направленных на аннулирование сделок, обеспечительные права, созданные до открытия производства по делу о несостоятельности, должны сохранять свою действительность в рамках производства по делу о несостоятельности (см. пункты 30–32).

56. В качестве общего правила процедуры несостоятельности не должны изменять приоритетности обеспеченных требований, пользовавшихся

приоритетом до открытия производства по делу о несостоятельности. Определенность и транспарентность в отношении любых необходимых исключений позволят ограничить негативное влияние этих исключений на наличие и стоимость кредита (см. пункты 33–35).

57. Законодательство о несостоятельности должно содержать конкретное положение о финансировании после открытия производства, с тем чтобы кредитор, предоставляющий кредит до начала той или иной процедуры несостоятельности, мог, прежде чем предоставлять кредит, учесть возможность финансирования после открытия производства (см. пункты 36–41).

58. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать возможность участия обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности. Экономическую стоимость обеспечительных прав следует сохранять, и как минимум обеспеченные кредиторы должны получать не меньше, чем они получили бы в случае ликвидационной процедуры (см. пункты 42–47).

59. В результате ускоренных процедур обеспеченный кредитор не должен оказаться в худшем положении, чем то, в котором он находился бы в результате формального производства по делу о несостоятельности, если только он не дал на это своего четко выраженного согласия (см. пункты 48–51).

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7)

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–37
X. Коллизионное право	1–37
A. Общие замечания	1–28
1. Введение	1–9
a. Назначение коллизионных норм	1–5
b. Сфера применения коллизионных норм	6–9
2. Коллизионные нормы, касающиеся создания, публичности и приоритета обеспечительного права	10–17
3. Результат последующего изменения в коллизионной привязке	18–22
4. Коллизионные нормы в отношении вопросов принудительной реализации	23–28
5. Воздействие несостоятельности на коллизионные нормы	29
B. Резюме и рекомендации	30–37

X. Коллизионное право

A. Общие замечания

1. Введение

a. Назначение коллизионных норм

1. В настоящей главе рассматриваются нормы, которые определяют право, применимое к созданию, публичности, приоритету и принудительной реализации обеспечительного права. Эти нормы обычно называются коллизионными нормами, которые также определяют территориальную сферу применения материально–правовых норм, предусматриваемых Руководством (т.е. в случаях, когда применяются материально–правовые нормы государства, устанавливающего режим, предусматриваемый Руководством). Например, если государство приняло материально–правовые нормы, предусматриваемые Руководством и касающиеся приоритета обеспечительного права, то эти нормы будут применяться к коллизии приоритета, возникающей в принявшем их государстве, только в той степени, в какой коллизионная норма, касающаяся вопросов приоритета, указывает на законодательство данного государства. Если такая коллизионная норма предусматривает, что правом, регулирующим приоритет, является право другого государства, то в таком случае относительный приоритет заявителей требований, конкурирующих, будет определяться в соответствии с правом данного другого государства, а не в соответствии с

материально–правовыми нормами принимающего государства, касающимися приоритета.

2. После того как обеспечительное право стало действительным, в коллизионной привязке для выбора применимого права может произойти изменение. Например, если обеспечение в материальном имуществе, находящемся в государстве A, регулируется правом места нахождения этого имущества, то возникает вопрос о том, что произойдет, если это имущество впоследствии будет перемещено в государство B (коллизионные нормы которого также предусматривают, что право места нахождения имущества регулирует обеспечительные права в материальном имуществе). Один из вариантов заключался бы в том, чтобы данное обеспечение сохраняло свою действительность в государстве B без необходимости предпринимать какие-либо дополнительные шаги в государстве B. Другой вариант предусматривал бы создание нового обеспечения в соответствии с законодательством государства B. Еще один вариант заключался бы в сохранении ранее существовавшего права обеспеченного кредитора при условии выполнения в государстве B определенных формальностей в течение определенного периода времени (например, в течение 30 дней после доставки этого имущества в государство B). Такие вопросы регулируются коллизионными нормами некоторых правовых систем. В настоящей главе предлагается общая норма в этом отношении.

3. Коллизионные нормы должны отражать цели действенного режима обеспеченных сделок. В применении к настоящей главе это означает, что право, применимое к имущественным аспектам обеспечительного права, должно быть в состоянии предусматривать беспрепятственное принятие решения: определенность является ключевой целью разработки норм, затрагивающих обеспеченные сделки на уровне как материально–правовых норм, так и коллизионных норм. Другой целью является предсказуемость. Как это подтверждается вопросами, рассмотренными в предыдущем пункте, коллизионные нормы должны допускать сохранение обеспечительного права, приобретенного в соответствии с законодательством государства A, если последующее изменение в коллизионной привязке для выбора применимого права приводит к тому, что данное обеспечительное право становится объектом применения законодательства государства B. Третья ключевая цель надежной системы коллизионного права заключается в том, что соответствующие нормы должны отражать разумные устремления заинтересованных сторон (кредитора, лица, предоставляющего обеспечение, должника и третьих сторон). Согласно широко распространенному мнению, для достижения этого результата право, применимое к обеспечительному праву, должно иметь некоторую привязку к фактической ситуации, которая будет регулироваться таким правом.

4. Использование Руководства (в том числе настоящей главы) при разработке положений законодательства об обеспеченных сделках будет способствовать уменьшению рисков и издержек, возникающих в результате различий между нынешними коллизионными нормами. В связи с обеспеченной сделкой обеспеченный кредитор обычно стремится гарантировать, чтобы его права признавались во всех государствах, в которых может иметь место их принудительная реализация (в том числе в государстве, в котором осуществляется управление в деле о несостоятельности должника). Если в таких государствах действуют разные коллизионные нормы в отношении одного и того же вида обремененных активов, то кредитор будет вынужден соблюдать требования нескольких режимов, с тем чтобы пользоваться полной защитой. Преимущество для различных государств, связанное с согласованием коллизионных норм, заключается в том, что кредитор может полагаться на одну совокупность норм права для определения статуса приоритета своего обеспечения во всех таких государствах. Эта цель является одной из целей, достигнутых в отношении дебиторской задолженности Конвенцией Организации

Объединенных Наций об уступке, а в отношении опосредственно удерживаемых ценных бумаг – Гаагской конвенцией о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредственно удерживаемых ценных бумаг.

5. Следует отметить, что коллизионные нормы будут необходимы даже в том случае, если все государства согласуют свои законы, регулирующие режим обеспеченных сделок. Всегда будут существовать ситуации, когда стороны вынуждены будут выявлять государство, требования которого будут применяться. Например, если законы всех государств предусматривают, что публичность непосессорного права обеспечивается посредством его регистрации в публичном реестре, все равно нужно будет выяснить, в реестре какого государства необходимо производить регистрацию.

b. Сфера применения коллизионных норм

6. В настоящей главе не определяются обеспечительные права, к которым будут применяться коллизионные нормы. Квалификация того или иного права как обеспечительного права для целей коллизионных норм будет, как правило, отражать материально–правовые нормы законодательства страны, касающиеся обеспечительных прав. В принципе суд будет использовать свое собственное право, когда это необходимо для квалификации того или иного аспекта для целей выбора соответствующей коллизионной нормы. Однако возникает вопрос о том, должны ли коллизионные нормы, касающиеся обеспечительных прав, также применяться к другим сделкам, которые функционально являются сходными с обеспечением, даже если они не охватываются режимом обеспеченных сделок. В той мере, в какой на соглашения о резервировании правового титула, финансовую аренду, консигнации и другие аналогичные сделки не будет распространяться действие материально–правовых норм, регулирующих обеспеченные сделки, государство может, тем не менее, распространить на эти инструменты действие коллизионных норм, применимых к обеспеченным сделкам.

7. Аналогичный вопрос возникает в отношении определенных видов передачи, осуществляемой не в целях обеспечения, когда целесообразно, чтобы применимое право, касающееся создания, публичности и приоритета, было бы одним и тем же, как и в отношении обеспечительного права в той же категории имущества. Соответствующий пример приведен в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, которая (в том числе ее коллизионные нормы) применяется к прямой передаче дебиторской задолженности, а также к обеспечительным правам в дебиторской задолженности (см. статью 2(a)). Этот основополагающий выбор обусловливается, среди прочего, необходимостью ссылаться на одну совокупность норм права при определении приоритета между конкурирующими заявителями требований в отношении одной и той же дебиторской задолженности. В случае спора в отношении приоритета между приобретателем дебиторской задолженности и кредитором, обладающим обеспечением в этой же дебиторской задолженности, будет намного труднее (а иногда и невозможно) определить, кто имеет право на приоритет, если приоритет приобретателя регулируется законодательством государства A, а приоритет обеспеченного кредитора – законодательством государства B.

8. Какое бы решение в законодательстве той или иной страны не было принято в отношении диапазона сделок, охватываемых коллизионными нормами, сфера применения таких норм будет ограничиваться имущественными аспектами таких сделок. Таким образом, норма о праве, применимом к созданию обеспечительного права, определяет лишь, каким правом регулируется создание имущественного права. Такая норма не будет применяться к личным обязательствам сторон по их договору. Обязательства такого рода регулируются правом, применимым к договорным обязательствам, в отношении которых

действуют определенные ограничения, но в большинстве правовых систем сторонам разрешается по своему выбору включать такие обязательства в свой договор.

9. Следствием признания автономии сторон в отношении личных обязательств сторон является то, что коллизионные нормы, применимые к имущественным аспектам обеспеченных сделок, являются вопросами, которые выходят за рамки концепции свободы договора. Например, лицо, предоставившее обеспечение, и обеспеченный кредитор могут быть лишены возможности выбирать право, применимое к приоритетам, поскольку это может не только затрагивать права третьих сторон, но и привести к коллизии приоритетов двух конкурирующих обеспеченных кредиторов, на которых распространяется действие двух различных законов, приводящих к противоположным результатам.

2. Коллизионные нормы, касающиеся создания, публичности и приоритета обеспечительного права

10. Определение объема прав, предоставляемых обеспечительным правом, обычно требует проведения трехэтапного анализа:

a) первый вопрос заключается в том, было ли данное обеспечение создано правомерно (см. главу IV);

b) второй вопрос заключается в том, является ли данное обеспечение действительным по отношению к третьим сторонам (см. главы V и VI); и

c) третий вопрос заключается в том, каков статус приоритета обеспеченного кредитора (см. главу VII).

11. Не во всех правовых системах проводятся конкретные концептуальные различия между этими вопросами. В некоторых правовых системах тот факт, что имущественное право было создано правомерно, неизбежно подразумевает, что это право является действительным по отношению к третьим сторонам. Кроме того, правовые системы, в которых проводится четкое различие между данными тремя вопросами, не всегда устанавливают отдельные материально–правовые нормы по каждому из этих вопросов. Например, в случае посессорного залога соблюдение требований в отношении действительности обеспечительного права *in rem*, как правило, приводит к тому, что данное обеспечение является действительным по отношению к третьим сторонам без какой-либо необходимости предпринимать дополнительные действия.

12. Ключевой вопрос заключается в том, должна ли какая-либо одна коллизионная норма применяться ко всем трем вопросам. Альтернатива этому заключается в допущении большей гибкости, т.е. может быть более целесообразным, чтобы нормы права, применимые к публичности или приоритету, отличались от норм права, регулирующих создание обеспечительного права. Такие основополагающие соображения, как простота и определенность, говорят в пользу принятия одной нормы, касающейся создания, публичности и приоритета. Как отмечалось выше, различие между этими вопросами не всегда проводится или понимается одинаково во всех правовых системах, в результате чего установление разных коллизионных норм, касающихся этих вопросов, может усложнить анализ или привести к возникновению неопределенности. Вместе с тем существуют примеры, согласно которым при выборе иного права, касающегося вопросов приоритета, было бы целесообразным принимать во внимание интересы таких третьих сторон, как лица, обладающие неконсенсуальным обеспечением.

13. Еще один важный вопрос заключается в том, должна ли в связи с любым данным вопросом (т.е. вопросом создания, публичности или приоритета)

соответствующая коллизионная норма быть одинаковой по отношению к материальному и нематериальному имуществу. Положительный ответ на этот вопрос указывал бы на целесообразность нормы, основывающейся на праве места нахождения лица, предоставляющего обеспечение. Альтернативой этому может быть место, в котором удерживается обремененный актив (*lex situs*), что, однако, было бы несовместимым с Конвенцией Организации Объединенных Наций об уступке тогда, когда речь идет о дебиторской задолженности (статья 22, которая касается права государства, в котором находится цедент, т.е. лицо, предоставившее обеспечение).

14. Соображения, связанные с простотой и определенностью, говорят в пользу принятия одной коллизионной нормы (т.е. права места нахождения лица, предоставившего обеспечение) в отношении как материального, так и нематериального имущества, особенно в том случае, если одни и те же нормы права применяются к созданию, публичности и приоритету. В соответствии с этим подходом один–единственный запрос был бы достаточным для установления объема обеспечительных прав, которыми обременены все активы лица, предоставившего обеспечение. Кроме того, не будет необходимости давать ориентиры в случае изменения местонахождения обремененных активов или же необходимости проводить различие между нормами права, применимыми к посессорным и непосессорным правам (и определять, какие нормы превалируют в том случае, когда посессорное обеспечительное право, регулируемое нормами права государства A, вступает в коллизию с непосессорным обеспечительным правом в том же имуществе, регулируемым нормами права государства B).

15. Однако законодательство не всех стран рассматривает нормы права места нахождения лица, передавшего право, в качестве норм права, которые имеют достаточную привязку к обеспечительным правам в материальном имуществе (по меньшей мере в отношении "недвижимого" имущества). Кроме того, потребуется, чтобы нормы права, регулирующие обеспечение, были теми же, что и нормы права, регулирующие продажу тех же активов. Это означает, что признание норм права места нахождения лица, передавшего право, в отношении любого вида обеспечения будет действенным только в том случае, если страны в целом готовы признать такую норму относящейся ко всем случаям передачи.

16. Кроме того, почти общепризнано, что посессорное право должно регулироваться правом места, в котором удерживается имущество, поскольку принятие норм права места нахождения лица, передавшего право, в отношении посессорных прав противоречило бы разумным устремлениям простых кредиторов. Соответственно, даже если нормы права места нахождения лица, передавшего право, будут общим правилом, необходимо будет предусмотреть исключение в отношении посессорных обеспечительных прав.

17. Поскольку применимые коллизионные нормы могут быть различными в зависимости от материального или нематериального характера активов или посессорного или непосессорного характера обеспечения, возникает вопрос о том, какая коллизионная норма применима, если на нематериальное имущество может распространяться действие посессорного обеспечительного права. В этом отношении в большинстве правовых систем отдельные категории нематериальных активов, воплощенных в документе (например, оборотном документе и коносаменте), отождествляются с материальным имуществом, в результате чего признается, что такие активы могут закладываться посредством доставки такого документа кредитору. В этом случае залог будет регулироваться правом государства, в котором находится данный документ.

[***Примечание для Рабочей группы***

Сфера применения права, предусматриваемого настоящим Руководством, ограничивается коммерческими товарами, оборудованием и

торговой дебиторской задолженностью. Если Рабочая группа примет решение включить в Руководство другие категории нематериального имущества, такие как неторговая дебиторская задолженность, банковские вклады, аккредитивы и интеллектуальная собственность, то она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли предусмотреть какие-либо специальные коллизионные нормы для таких категорий активов. При рассмотрении этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание то обстоятельство, что активы, входящие в эти категории имущества, зачастую образуют значительную часть стоимости предприятия и что, в частности, отсутствие коллизионной нормы, касающейся интеллектуальной собственности, может породить значительные трудности в коммерческих операциях.

Что касается коллизионных норм, применимых к ценным бумагам, то в этом вопросе Рабочая группа, возможно, пожелает обратиться к Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредствованно удерживаемых ценных бумаг.]

3. Результат последующего изменения в коллизионной привязке

18. Когда коллизионная привязка сохраняется для определения наиболее целесообразной коллизионной нормы в связи с каким-либо данным вопросом, после создания обеспечения может произойти изменение в соответствующей привязке. Например, если применимым правом является право той страны, в которой находится штаб–квартира лица, передавшего право, то такое лицо может впоследствии перевести свою штаб–квартиру в другую страну. Аналогичным образом, если применимым правом будет право той страны, в которой находится имущество, служащее обеспечением, то это имущество может быть перемещено в другую страну.

19. Если эти вопросы не будут урегулированы конкретным образом, то из этого может вытекать подразумеваемая норма. Общие коллизионные нормы, касающиеся создания, публичности и приоритета, могут толковаться как означающие, что в случае изменения в соответствующей коллизионной привязке первоначальное регулирующее право продолжает применяться к вопросам, которые возникли до такого изменения (например, к вопросу создания), тогда как последующее регулирующее право будет применяться к событиям, произошедшим впоследствии (например, к вопросу приоритета между двумя конкурирующими заявителями требований).

20. Молчание права по этим вопросам может, однако, привести к иному толкованию. Например, одно толкование может заключаться в том, что последующее регулирующее право также регулирует создание в случае спора в отношении приоритета, возникшего после изменения (на основе того, что третьи стороны, ведущие дела с лицом, предоставившим обеспечение), вправе определять применимое право для всех вопросов на основе учета фактической коллизионной привязки, которой является коллизионная привязка, действующая во время их деловых взаимоотношений).

21. Установление нормы, касающейся этих вопросов, как представляется, будет необходимым для того, чтобы избежать возникновения неопределенности, в частности тогда, когда коллизионная привязка изменяется от государства, которое не приняло нормы права, предусматриваемые настоящим Руководством, к принявшему их государству.

22. Аналогичный вопрос возникает в отношении товаров, находящихся в процессе транзитной перевозки. Некоторые правовые системы предусматривают, что обеспечительное право в таких товарах может правомерно создаваться и ему

может придаваться публичный характер на основании права места нахождения, если эти товары перемещены в это место в течение конкретно установленного срока.

4. Коллизионные нормы в отношении вопросов принудительной реализации

23. В том случае, если обеспечительное право создано и ему придан публичный характер в соответствии с правом одного государства, но проявляется стремление принудительно его реализовать в другом государстве, возникает вопрос о том, какими средствами защиты располагает обеспеченный кредитор. Этот вопрос имеет огромное практическое значение тогда, когда материально–правовые нормы данных двух государств, касающиеся принудительной реализации, в значительной мере отличаются друг от друга. Например, право, регулирующее обеспечение, может допускать взыскание обеспеченным кредитором без предварительного обращения к судебной системе, если только против этого не возражает другая сторона, тогда как право места взыскания может требовать вмешательства суда. Каждое из этих возможных решений данного вопроса сопряжено с преимуществами и недостатками.

24. Один из вариантов заключается в том, чтобы включить средства взыскания в сферу действия норм права места принудительной реализации, т.е. права суда (*lex fori*). Основополагающие причины установления такой нормы включают следующее:

a) нормы права, касающиеся средств защиты, будут совпадать с нормами права, которые являются в целом применимыми к процессуальным вопросам;

b) нормы права, касающиеся средств защиты, во многих случаях будут совпадать с нормами права места нахождения имущества, являющегося объектом взыскания (и могут также совпадать с правом, регулирующим приоритет, если коллизионные нормы соответствующего государства указывают на место нахождения имущества в связи с вопросами приоритета);

c) требования будут одинаковыми для всех кредиторов, намеревающихся осуществить свои права в отношении активов лица, предоставившего обеспечение, независимо от того, являются ли такие права внутренними или зарубежными по своему происхождению.

25. С другой стороны, *lex fori* может и не способствовать претворению в жизнь намерения сторон. Устремления сторон могут заключаться в том, чтобы их соответствующие права и обязательства в ситуации принудительной реализации были теми правами и обязательствами, какие предусматриваются правом, согласно которому было создано обеспечение. Например, если внесудебная принудительная реализация допускается правом, регулирующим создание обеспечения, то такая реализация также может быть предпринята обеспеченным кредитором в государстве, в котором он вынужден принудительно реализовывать свое обеспечение, даже если это в целом не допускается по внутреннему законодательству этого государства.

26. Подход, основывающийся на разумных устремлениях сторон, предполагает применение нормы, по которой вопросы принудительной реализации решаются на основании права, регулирующего создание обеспечительного права. Это позволило бы также избегать отделения средств защиты от характера прав, предоставляемых обеспечением. Такое отделение не является очевидным тогда, когда средства защиты тесно связаны с атрибутами обеспечения (например, средства защиты условного продавца могут рассматриваться как вытекающие из того факта, что он остается законным собственником товаров). В той мере, в какой коллизионная норма, касающаяся вопросов приоритета, будет такой же, что и норма, касающаяся создания и публичности, еще одно преимущество, связанное с нормами права, касающимися создания обеспечения, и нормами

права, регулирующими принудительную реализацию, которые вытекают из одного и того же режима, будет заключаться в том, что вопросы приоритета и принудительной реализации будут регулироваться одними и теми же нормами права.

27. Третий вариант заключается в принятии нормы, согласно которой право, регулирующее договорные отношения сторон, будет также регулировать вопросы принудительной реализации. Это будет весьма часто соответствовать их устремлениям, а во многих случаях будет также совпадать с нормами права, применимыми к созданию обеспечительного права, поскольку данные нормы права зачастую выбираются в качестве и норм договорно–обязательственного права. Однако, согласно этому подходу стороны будут в таком случае свободны выбирать в отношении вопросов принудительной реализации иное право, чем право суда или право, регулирующее создание, публичность и(или) приоритет. Такое решение было бы неблагоприятным для третьих сторон, которые могут и не располагать возможностями для определения характера средств защиты, которые могут быть использованы обеспеченным кредитором в отношении имущества их общего должника.

28. По этой причине передача вопросов принудительной реализации для решения на основании норм права, регулирующих договорные отношения сторон, повлекла бы за собой необходимость установления исключений, призванных учесть интересы третьих сторон, а также императивные нормы права суда или нормы права, регулирующие действительность и публичность. Процессуальные вопросы в любом случае необходимо будет регулировать на основании норм права суда. В результате этого различные вопросы принудительной реализации будут решаться по-разному.

5. Воздействие несостоятельности на коллизионные нормы

29. Как отмечалось в главе о несостоятельности (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт …), в целом обеспечительное право, действующее в отношении лица, предоставившего обеспечение, и третьих сторон в ситуациях, не связанных с несостоятельностью, должно продолжать действовать и в ходе производства по делу о несостоятельности. Аналогично наступление несостоятельности не должно приводить к замене коллизионных норм, применимых к созданию, публичности и, за некоторыми исключениями, приоритету обеспечительного права.

[***Примечание для Рабочей группы***

Можно было бы также рассмотреть вопрос о воздействии несостоятельности на любую коллизионную норму, касающуюся мер принудительной реализации, а также вопрос о том, следует ли рассматривать этот вопрос в настоящем Руководстве или же целесообразно урегулировать его в Руководстве по несостоятельности.]

B. Резюме и рекомендации

30. Создание, публичность и приоритет посессорного обеспечительного права в материальном имуществе, денежных средствах, товарораспорядительных и оборотных документах регулируются правом государства, в которых эти обремененные активы находятся.

31. Создание, публичность и приоритет непосессорного обеспечительного права в нематериальном имуществе регулируется правом государства, в котором находится лицо, предоставившее обеспечение.

32. В отношении непосессорного обеспечительного права в материальном имуществе можно рассмотреть следующие варианты:

Вариант 1

Создание и публичность непосессорного обеспечительного права в материальном имуществе регулируются правом государства, в котором находится лицо, предоставившее обеспечение, но приоритет такого обеспечительного права регулируется правом государства, в котором находятся обремененные активы.

Вариант 2

Создание, публичность и приоритет непосессорного обеспечительного права в материальном имуществе регулируются правом государства, в котором находятся обремененные активы, за исключением мобильных товаров, в случае которых такие вопросы регулируются правом государства, в котором находится лицо, предоставившее обеспечение.

33. Если государство принимает вариант 2, то оно, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об установлении дополнительной нормы в отношении товаров, находящихся в процессе транзитной перевозки, нормы, которая предусматривала бы, что обеспечительное право в таких товарах может быть правомерно создано и ему может быть придан публичный характер в соответствии с правом места назначения, при условии, что такие товары будут перемещены в это место в течение определенного срока.

34. Вышеупомянутые правила не касаются конкретно поступлений в силу того предположения, что коллизионные нормы в отношении поступлений должны в принципе быть такими же, что и нормы, применимые к обеспечительному праву, которое было первоначально получено в этой же категории имущества.

35. Обеспечительное право, которое правомерно создано и которому придан публичный характер в соответствии с правом иного государства, нежели государство, принимающее нормы, предусмотренные в настоящем Руководстве, продолжает оставаться действительным и носить публичный характер в таком принимающем государстве после того, как коллизионная привязка заменяется такой же привязкой к принимающему государству, если требования принимающего государства, касающиеся публичности, выполнены в течение конкретно указанного льготного периода. Эта норма предполагает, что вопросы создания обеспечительного права по-прежнему регулируются первоначальным регулирующим правом, тогда как вопросы публичности (и приоритета в той степени, в какой этот приоритет регулируется тем же правом, что и публичность), будут регулироваться после такого изменения правом принимающего государства.

36. В отношении права, применимого к вопросам принудительной реализации, можно было бы рассмотреть следующие варианты:

Вариант 1

Материально–правовые вопросы, затрагивающие принудительную реализацию прав обеспеченного кредитора, регулируются правом государства, в котором осуществляется принудительная реализация.

Вариант 2

Материально–правовые вопросы, затрагивающие принудительную реализацию права обеспеченного кредитора, регулируются правом, регулирующим вопросы создания [и приоритета] обеспечительного права.

Вариант 3

Материально–правовые вопросы, затрагивающие принудительную реализацию прав обеспеченного кредитора, регулируются правом, регулирующим договорные отношения кредитора и лица, предоставившее обеспечение, за исключением […].

37. Законодательство может конкретно предусматривать, что в случае наступления неплатежеспособности замена коллизионных норм, применимых к созданию и публичности обеспечительного права, не производится. Вопросы приоритета продолжают регулироваться правом, установленным согласно применимым коллизионным нормам, с учетом императивных положений режима принимающего государства, регулирующего вопросы несостоятельности.

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–22
XI. Вопросы переходного периода	1–22
A. Общие замечания	1–14
1. Необходимость включения положений, касающихся переходного периода	1–5
2. Вопросы, которые следует затронуть в положениях, касающихся переходного периода	6–14
a. Общие вопросы	6
b. Действительность прав, созданных до даты вступления в силу нового законодательства, в отношениях между сторонами	7
c. Действительность прав, созданных до даты вступления в силу нового законодательства, по отношению к третьим сторонам	8–9
d. Споры в отношении приоритета	10–13
e. Споры, рассматриваемые судом или третейским судом	14
B. Резюме и рекомендации	15–22

XI. Вопросы переходного периода

A. Общие замечания

1. Необходимость включения положений, касающихся переходного периода

1. Нормы, закрепленные в новом законодательстве об обеспеченных сделках, будут отличаться от норм права, действовавших до принятия этого законодательства. Такие различия будут оказывать очевидное воздействие на обеспеченные сделки, заключаемые после принятия нового законодательства. Вопрос о воздействии нового законодательства на сделки, заключенные до принятия нового законодательства, следует также рассмотреть. С учетом различий между предыдущим и новым правовыми режимами и продолжающегося существования сделок и обеспечительных прав, созданных в соответствии с предыдущим режимом, для обеспечения успешного применения нового законодательства весьма важно, чтобы оно содержало справедливые и эффективные нормы, регулирующие вопросы периода перехода от ранее действовавших норм к новым нормам. В этом контексте необходимо рассмотреть два взаимосвязанных, но разных вопроса. Во-первых, новое законодательство должно устанавливать дату, с которой оно будет иметь правовые последствия ("дата вступления в силу"). Во-вторых, новое законодательство должно также предусматривать степень, если таковая вообще будет предусмотрена, в которой после даты вступления в силу нового законодательства оно будет применяться к

вопросам, касающимся сделок или обеспечительных прав, существовавших до даты вступления в силу.

2. Ряд факторов требуют рассмотрения при определении даты вступления в силу такого законодательства. Скорейшая реализация экономических преимуществ нового законодательства должна быть сбалансирована с учетом необходимости избегать возникновения нестабильности на рынках или подрыва рынков, которые будут регулироваться новым законодательством, а также с точки зрения предоставления участникам рынка достаточного времени для подготовки к осуществлению сделок в соответствии с новым законодательством, которое может существенно отличаться от предыдущего законодательства. Соответственно, государство может сделать вывод о том, что дата вступления в силу нового законодательства должна представлять собой определенный срок после принятия нового законодательства, с тем чтобы такие рынки и их участники скорректировали свои сделки с учетом новых норм. При определении даты вступления в силу государства должны рассмотреть следующие вопросы: воздействие даты вступления в силу на кредитные решения; максимизация выгод, которые должны быть получены от нового законодательства; необходимые регуляционные, институциональные, просветительские и другие мероприятия или улучшение инфраструктуры, которые должны быть проведены государством; статус ранее существовавшего законодательства и другой инфраструктуры; согласование нового законодательства об обеспеченных сделках с другими отраслями законодательства; конституционные ограничения в отношении обратной силы нового законодательства; и стандарт или приемлемая практика, касающаяся вступления в силу законодательства (например, в первый день месяца).

3. Поскольку долги, обеспеченные правами в имуществе лица, предоставившего обеспечение, зачастую подлежат погашению в течение определенного срока, вполне вероятно, что будут существовать многие права, созданные до даты вступления в силу, которые будут продолжать существовать на дату вступления в силу и после нее, обеспечивая еще не выплаченные долги. В связи с этим, как отмечалось выше, еще одно важное решение, которое должно быть принято в отношении любого нового законодательства, касается степени, в которой такое новое законодательство будет регулировать вопросы, связанные со сделками, заключенными до даты его вступления в силу, если о такой степени можно вообще вести речь.

4. Один из подходов заключался бы в том, чтобы новое законодательство не имело обратной силы и по этой причине не регулировало какие-либо сделки, заключенные до даты его вступления в силу. Хотя такому решению присуща определенная логическая привлекательность, особенно в связи с вопросами, которые возникают во взаимоотношениях между лицом, предоставившим обеспечение, и обеспеченным кредитором, такой подход породил бы существенные проблемы, особенно в отношении приоритетов. Основная из этих проблем будет заключаться в необходимости разрешения споров в отношении приоритета между обеспеченным кредитором, который получил свое обеспечительное право до даты вступления в силу, и конкурирующим обеспеченным кредитором, который получил свое обеспечительное право в том же имуществе после даты вступления в силу. Поскольку приоритет представляет собой сравнительное понятие и одна и та же норма о приоритете должна регулировать данные два вида прав, которые сравниваются, не представляется возможным, чтобы предыдущие нормы регулировали приоритет интереса кредитора, ставшего таковым до даты вступления в силу, а новые нормы регулировали приоритет интереса кредитора, ставшего таковым после даты вступления в силу. Определение того, какая норма о приоритете должна применяться к такому спору в отношении приоритета, не является свободным от трудностей. Применение предыдущих норм к таким спорам в отношении

приоритета по существу означало бы задержку во вступлении в силу нового законодательства с точки зрения его некоторых наиболее важных аспектов, что имело бы своим результатом возможную задержку на значительный срок в получении существенных экономических выгод от нового законодательства. С другой стороны, применение новых норм к таким спорам в отношении приоритета может причинять несправедливый ущерб сторонам, которые полагались на ранее действовавшее законодательство, и может также являться для таких сторон стимулом к выдвижению возражений против нового законодательства или отстаиванию ненадлежащим образом задержанной даты вступления в силу.

5. И напротив, большей определенности и более быстрой реализации экономических выгод от нового законодательства могло бы способствовать применение нового законодательства ко всем сделкам с даты вступления его в силу, однако наряду с применением таких "положений, касающихся переходного периода", какие являются необходимыми для обеспечения фактического перехода к новому режиму без утраты статуса приоритета, созданного до даты вступления в силу. Использование такого подхода позволило бы избежать возникновения вышеуказанных проблем и справедливо и эффективно сочетать в иных отношениях интересы сторон, которые соблюдали предыдущее законодательство, с интересами сторон, которые соблюдают новое законодательство.

2. Вопросы, которые следует затронуть в положениях, касающихся переходного периода

a. Общие вопросы

6. Поскольку многие обеспечительные права, созданные до даты вступления в силу, будут продолжать существовать после такой даты и могут вступать в коллизию с обеспечительными правами, созданными после даты вступления в силу, весьма важно, чтобы новое законодательство содержало ясные положения, касающиеся переходного периода, для определения степени, в которой нормы нового законодательства будут применяться к таким ранее существовавшим правам. Такого рода положения, касающиеся переходного периода, должны надлежащим образом затрагивать как реализованные ожидания сторон, так и необходимость обеспечения определенности и предсказуемости в отношении будущих сделок. Положения, касающиеся переходного периода, должны затрагивать степень, в которой новые нормы будут применяться после даты вступления в силу во взаимоотношениях между сторонами сделки, создающей обеспечительное право до даты вступления в силу. Они должны также затрагивать степень, в которой новые нормы будут применяться после даты вступления в силу для разрешения споров в отношении приоритета между держателем обеспечительного права и конкурирующим заявителем требования, когда либо обеспечительное право, либо интерес конкурирующего заявителя требования был создан до даты вступления в силу.

b. Действительность прав, созданных до даты вступления в силу нового законодательства, в отношениях между сторонами

7. Если обеспечительное право было создано до даты вступления в силу нового законодательства, то возникают два вопроса, касающиеся действительности такого права в отношениях между лицом, предоставившим обеспечение, и кредитором. Первый вопрос заключается в том, должно ли право, которое не было действительным в отношениях между сторонами согласно предыдущему законодательству, но которое будет действительным в случае применения нового законодательства, стать действительным в день вступления в силу такого нового законодательства. Второй вопрос заключается в том, должно

ли право, которое было действительным в отношениях между сторонами согласно предыдущему законодательству, но которое будет недействительным в случае применения нового законодательства, стать недействительным в отношениях между сторонами в день вступления в силу такого нового законодательства. Применение такого подхода позволило бы признать, что нормы нового законодательства, предусматривающие действительность права в отношениях между сторонами, охватывают самый последний политический выбор государства в отношении требований, касающихся действительности, с учетом необходимости защиты участвующих в сделке сторон, и что в качестве общего вопроса сами стороны, как можно предположить, будут выступать за сохранение действительности заключенной ими сделки. В связи с первым вопросом следует рассмотреть возможность придания такому праву действительности с даты вступления в силу нового законодательства. В связи со вторым вопросом можно было бы предусмотреть переходный период, в течение которого обеспечительное право будет оставаться действительным в отношениях между сторонами, с тем чтобы кредитор мог предпринять в течение переходного периода необходимые шаги по обеспечению действительности этого права в соответствии с новым законодательством. По истечении такого переходного периода это право стало бы действительным в отношениях между сторонами в соответствии с новым законодательством.

c. Действительность прав, созданных до даты вступления в силу нового законодательства, по отношению к третьим сторонам

8. Возникают различные вопросы, касающиеся действительности по отношению к третьим сторонам права, созданного до даты вступления в силу нового законодательства. Поскольку новое законодательство будет отражать соображения публичного порядка, касающиеся надлежащих шагов, необходимых для того, чтобы право было действительным по отношению к третьим сторонам, предпочтительно, чтобы новые нормы применялись настолько широко, насколько это возможно. Вместе с тем, возможно, было бы неразумным ожидать, что кредитор, право которого было действительным по отношению к третьим сторонам согласно предыдущему правовому режиму, безотлагательно выполнит любые дополнительные требования, установленные новым законодательством. Такое ожидание было бы особенно затруднительным для институциональных кредиторов, которые должны будут соблюдать дополнительные требования нового законодательства одновременно в отношении большого числа сделок, заключенных до даты вступления в силу. Предпочтительный подход заключался бы в том, чтобы обеспечительное право, которое было действительным по отношению к третьим сторонам согласно предыдущему правовому режиму, но которое будет недействительным согласно новому законодательству, оставалось действительным в течение разумного срока (установленного новым законодательством), с тем чтобы дать кредитору время для принятия необходимых мер в соответствии с новым законодательством. По истечении переходного периода такое право станет недействительным по отношению к третьим сторонам, если только оно не стало действительным по отношению к третьим сторонам согласно новому законодательству.

9. Если такое право было недействительным по отношению к третьим сторонам согласно предыдущему правовому режиму, но, тем не менее, является действительным по отношению к ним согласно новому законодательству, то это право должно стать действительным по отношению к третьим сторонам непосредственно в день вступления в силу новых норм. И вновь предположение заключается в том, что стороны намеревались обеспечить действительность такого права в отношениях между ними, а третьи стороны в полной мере защищены новыми нормами.

d. Споры в отношении приоритета

10. Совершенно иной спектр вопросов встает в случае возникновения споров в отношении приоритета, поскольку такие споры неизбежно сопряжены с применением одной совокупности норм к двум (или более) разным правам, созданным в разное время. Правовая система не может просто предусматривать, что норма о приоритете, действующая во время создания права, регулирует приоритет в отношении этого права. Скорее должны существовать нормы, затрагивающие каждую из следующих ситуаций: i) когда оба права создаются после даты вступления в силу нового законодательства, ii) когда оба права создаются до даты вступления в силу и iii) когда одно право создается до даты вступления в силу, а другое право создается после такой даты.

11. Наиболее простая ситуация, конечно, возникает в случае спора в отношении приоритета между двумя сторонами, права которых были созданы после даты вступления в силу нового законодательства. В такой ситуации очевидно, что нормы о приоритете, содержащиеся в новом законодательстве, должны применяться для разрешения такого спора.

12. И напротив, если оба коллидирующих права были созданы до даты вступления в силу нового законодательства (и соответственно относительный приоритет данных двух коллидирующих прав в обремененных активах был установлен до даты вступления в силу новых норм) и, кроме того, не произошло ничего такого (помимо того, что наступила дата вступления в силу), что могло бы изменить относительный приоритет, стабильность взаимоотношений предполагает, что приоритет, установленный до даты вступления в силу, не должен быть изменен. Однако, если после даты вступления в силу произошло нечто такое, что будет оказывать воздействие на приоритет даже согласно предыдущему правовому режиму, существует меньше оснований продолжать применение предыдущих норм для урегулирования спора, который претерпел изменения в результате действий, имевших место после даты вступления в силу. По этой причине имеются более веские аргументы за применение новых норм к такой ситуации.

13. Наиболее трудная ситуация переходного периода сопряжена с возникновением спора в отношении приоритета между одной стороной, право которой было создано до даты вступления в силу, и другой стороной, право которой было создано после даты вступления в силу. В таком случае, хотя предпочтительно, чтобы новые нормы в конечном счете регулировали эти вопросы, было бы целесообразным предусмотреть переходную норму, защищающую статус кредитора, право которого было приобретено согласно ранее действовавшему режиму, пока данный кредитор предпринимает любые шаги, которые являются необходимыми для сохранения его защиты согласно новому режиму. Если такого рода шаги предпринимаются в течение установленного срока, то новое законодательство должно обеспечивать кредитору приоритет в такой же степени, какая имелась бы в случае, если бы новые нормы действовали в момент заключения первоначальной сделки и если бы такие шаги были предприняты в то время.

e. Споры, рассматриваемые судом или третейским судом

14. Если спор находится в процессе судебного рассмотрения (или рассмотрения в рамках сопоставимой системы урегулирования споров) на дату вступления в силу нового законодательства, то права сторон в достаточной мере определены для того, чтобы вступление в силу нового правового режима не изменило результат урегулирования такого спора. По этой причине такой спор не должен урегулироваться путем применения нового правового режима.

B. Резюме и рекомендации

15. Новое законодательство об обеспеченных сделках должно указывать конкретную дату после принятия такого законодательства, с которой оно вступит в силу ("дата вступления в силу").

16. При определении даты вступления в силу нового законодательства государство может принимать во внимание следующие соображения: воздействие даты вступления в силу на кредитные решения; максимизация выгод, которые должны быть получены от нового законодательства, необходимые регуляционные, институциональные, просветительские и другие мероприятия или улучшение инфраструктуры, которые должны быть проведены государством; статус ранее существовавшего законодательства и другой инфраструктуры; согласование нового законодательства об обеспеченных сделках с другими отраслями законодательства; содержание конституционных норм, касающихся сделок, которые были заключены до даты вступления в силу; и стандарт или приемлемая практика в отношении вступления в силу такого законодательства (например, в первый день месяца).

17. Новое законодательство должно предусматривать период времени после даты вступления в силу ("переходный период"), в течение которого кредиторы, обладающие обеспечительными правами, которые являются действительными по отношению к лицу, предоставившему обеспечение, и к третьим сторонам согласно предыдущему режиму, могут предпринимать шаги по обеспечению того, чтобы такие права были действительными по отношению к лицу, предоставившему обеспечение, и к третьим сторонам согласно новому законодательству. Если такие шаги предпринимаются в течение переходного периода, то законодательство должно предусматривать, что действительность прав кредитора по отношению к таким сторонам является непрерывной.

18. Новое законодательство должно устанавливать ясные нормы для разрешения: i) вопроса о том, какое законодательство применяется к приоритету прав, созданных после даты вступления в силу; ii) вопроса о том, какое законодательство применяется к приоритету прав, созданных до даты вступления в силу; iii) вопроса о том, какое законодательство применяется к приоритету прав, созданных до даты вступления в силу, и прав, созданных после такой даты.

19. Новое законодательство должно предусматривать, что приоритет прав, созданных после даты вступления в силу, регулируется новым законодательством.

20. Новое законодательство должно в целом предусматривать, что приоритет прав, созданных до даты вступления в силу, регулируется предыдущим правовым режимом. Вместе с тем такое законодательство может также предусматривать, что применение таких ранее действовавших норм будет иметь место только в том случае, если после даты вступления в силу не произойдет какого-либо события, которое изменило бы приоритет согласно предыдущему режиму. Если такое событие произойдет, то новое законодательство будет определять приоритет.

21. В отношении приоритета прав, созданных до даты вступления в силу, и прав, созданных после даты вступления в силу, новое законодательство должно применяться постольку, поскольку держатель права, созданного до даты вступления в силу, может в течение переходного периода обеспечить приоритет согласно новому законодательству путем принятия любых мер, которые являются необходимыми согласно новому законодательству. В течение переходного периода приоритет права, созданного до даты вступления в силу, должен сохраняться, как если бы новое законодательство не вступило в силу.

Если надлежащие шаги предпринимаются в течение переходного периода, то держатель права, созданного до даты вступления в силу, должен обладать приоритетом в той же степени, в какой это имело бы место в том случае, если бы новые нормы вступили в силу в момент заключения первоначальной сделки и если бы такие шаги были предприняты в данный момент.

22. Если спор находится в процессе судебного рассмотрения (или рассмотрения в рамках сопоставимой системы урегулирования споров) на дату вступления в силу нового законодательства, то права сторон не должны определяться путем применения нового правового режима.

C. 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)

(A/CN.9/550) [Подлинный текст на английском языке]

Вышеуказанный документ воспроизведен в Части второй, I, H, на стр. 450.

D. Доклад Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее пятой сессии (Нью-Йорк, 22-25 марта 2004 года)

(A/CN.9/549) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
VI.	Введение	1–9
VII.	Организация работы сессии	10–15
VIII.	Обсуждение и решения	16
IX.	Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	17–64
	Глава VI. Приоритет (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 78–90)	17–20
	Приоритет посессорных обеспечительных прав (пункт 82)	18–20
	Глава X. Коллизионное право (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, пункты 30–37)	21–34
	G. Право, применимое к посессорным обеспечительным правам в материальном имуществе и непосессорным обеспечительным правам в нематериальном имуществе (пункты 30 и 31)	22
	H. Право, применимое к непосессорным обеспечительным правам в материальном имуществе (пункт 32)	23–25
	I. Право, применимое к обеспечительным правам в товарах в транзите (пункт 33)	26
	J. Право, применимое к обеспечительным правам в поступлениях (пункт 34)	27
	K. Право, применимое к обеспечительным правам в товарах, которые перемещаются из одной правовой системы в другую (пункт 35)	28
	L. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительных прав (пункт 36)	29–33
	M. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительных прав в случае несостоятельности (пункт 37)	34
	Глава V. Публичность (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)	35–64
	N. Изъятие из владения (пункты 7–16)	36
	O. Уведомление и контроль (пункты 17–23)	37–38
	P. Регистрация в реестрах правовых титулов (пункты 24–31)	39
	Q. Регистрация в реестре обеспеченных сделок (пункты 32 и 33)	40–43
	R. Регистрация уведомлений или регистрация документов? (пункты 34–37)	44
	S. Составление индекса активов или индекса лиц, предоставивших обеспечение? (пункты 38–42)	45
	T. Содержание регистрируемого уведомления (пункты 43–53)	46–50
	U. Срок регистрации (пункты 56–58)	51–52
	V. Технологические соображения (пункты 59–61)	53
	W. Ответственность за системную ошибку (пункты 62–64)	54
	X. Регистрационные сборы (пункт 65)	55

Пункты

Y. Соображения, связанные с охраной частного характера информации и конфиденциальности (пункты 66 и 67) 56
Z. Заблаговременная регистрация (пункты 68–70) 57–58
AA. Оговорки в отношении приоритета (пункты 71–73) 59
BB. Регистрация и принудительная реализация (пункты 74 и 75) 60
CC. Регистрация правового титула и аналогичные механизмы (пункты 76–83) 61–62
DD. Другие способы обеспечения публичности (пункты 84 и 85) 63
EE. Сила публично не раскрытых обеспечительных прав (пункты 86–96) . . . 64

X. Будущая работа 65

I. Введение

1. На нынешней сессии Рабочая группа продолжила свою деятельность по разработке "эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, являющихся предметом коммерческой деятельности"[1]. Решение Комиссии провести работу в области законодательства об обеспеченном кредитовании было принято в ответ на необходимость установления эффективного правового режима, который устранил бы правовые препятствия обеспеченному кредитованию и мог бы, таким образом, оказывать благоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов[2].

2. На своей тридцать третьей сессии (2000 год) Комиссия рассмотрела подготовленный Секретариатом доклад о вопросах, которые должны быть урегулированы в области законодательства об обеспеченном кредитовании (A/CN.9/475). На этой сессии Комиссия решила, что законодательство об обеспеченном кредитовании является важной темой, на которую как раз вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом ее тесной связи с работой Комиссии в области законодательства о несостоятельности. Было активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы оказать значительное воздействие на наличие и стоимость кредита и тем самым на международную торговлю. Кроме того, широкую поддержку получило и мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы устранить неравенство в плане доступа к недорогому кредиту между сторонами в развитых странах и сторонами в развивающихся странах, а также в плане той доли выгоды, которую такие стороны извлекают из международной торговли. Вместе с тем в качестве предостережения было отмечено, что в подобном законодательстве, чтобы оно было приемлемым для государств, должна быть обеспечена надлежащая сбалансированность в режиме привилегированных, обеспеченных и необеспеченных кредиторов. Кроме того, было заявлено, что с учетом расхождений в политике государств было бы целесообразно применять гибкий подход, направленный на подготовку свода принципов вместе с руководством, а не типового закона[3].

3. На своей тридцать четвертой сессии (2001 год) Комиссия рассмотрела еще один доклад, подготовленный Секретариатом (A/CN.9/496), и решила, что

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 358.

[2] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 455, и *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 347.

необходимо проделать такую работу с учетом благоприятного экономического воздействия современного законодательства об обеспеченном кредитовании. Было указано, что, как показал опыт, недостатки в этой области могут оказывать серьезное негативное воздействие на экономическую и финансовую систему какой-либо страны. Было также указано, что наличие эффективной и предсказуемой правовой основы принесет и краткосрочные, и долгосрочные макроэкономические выгоды. В краткосрочном плане, а именно тогда, когда страны сталкиваются с кризисом в своем финансовом секторе, эффективная и предсказуемая правовая основа является необходимой, в частности, с точки зрения обеспечения удовлетворения финансовых требований, с тем чтобы оказать банкам и другим финансовым учреждениям помощь в борьбе со снижением обеспеченности их требований посредством установления механизмов безотлагательного обеспечения удовлетворения таких требований и содействия реструктуризации компаний путем создания инструмента, который предлагал бы стимулы для промежуточного финансирования. В долгосрочном плане гибкая и эффективная правовая основа обеспечительных прав могла бы служить в качестве полезного средства ускорения экономического роста. И действительно, без доступа к недорогим кредитам нельзя содействовать экономическому росту, конкуренции и международной торговле, а это будет препятствовать предприятиям в их расширении до достижения их полного потенциала[4]. В отношении формы работы Комиссия пришла к мнению о том, что типовой закон был бы слишком жестким, и отметила предложения о разработке совокупности принципов совместно с руководством для законодательных органов, которое включало бы рекомендации для законодательных органов[5].

4. На своей первой сессии (Нью–Йорк, 20–24 мая 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы I–V и X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add. 1–5 и 10) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленного Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/512, пункт 12). На этой же сессии Рабочая группа также рассмотрела предложения относительно представления современных систем регистрации для ознакомления Рабочей группы с информацией, необходимой для рассмотрения вопросов, поднятых в связи с регистрацией обеспечительных прав в движимом имуществе (см. A/CN.9/512, пункт 65). На этой же сессии Рабочая группа согласилась с необходимостью координации деятельности с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) по вопросам, представляющим взаимный интерес, и одобрила выводы Рабочей группы V по этим вопросам (см. A/CN.9/512, пункт 88).

5. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия рассмотрела доклад о работе первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/512). Широкую поддержку получило мнение о том, что благодаря руководству для законодательных органов Комиссия получает прекрасную возможность оказать государствам помощь в принятии современного законодательства об обеспеченных сделках, которое, по общему мнению, является обязательным, хотя и не единственным достаточным, условием расширения доступа к недорогостоящему кредиту, что содействует трансграничному движению товаров и услуг, экономическому развитию и в конечном счете установлению дружественных отношений между государствами. В связи с этим Комиссия с удовлетворением отметила, что этот проект привлек внимание международных, правительственных и неправительственных организаций и что некоторые из них приняли активное участие в обсуждении в рамках Рабочей группы. На этой сессии широкую поддержку в Комиссии

[3] Там же, *пятьдесят пятая сессия*, *Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 459.
[4] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 351.
[5] Там же, пункт 357.

получило также мнение о своевременности этой инициативы Комиссии с учетом как соответствующих законодательных инициатив, предпринимаемых в настоящее время на национальном и международном уровнях, так и собственной инициативы Комиссии в области законодательства о несостоятельности. После обсуждения Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе на ее тридцать четвертой сессии, в отношении разработки эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, включая инвентарные запасы. Комиссия также подтвердила, что мандат Рабочей группы следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[6].

6. На своей второй сессии (Вена, 17–20 декабря 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы VI, VII и IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add. 6, 7 и 9) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленного Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/531, пункт 15). В связи с этой сессией и в соответствии с предложениями, внесенными на первой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/512, пункт 65), было проведено неофициальное представление систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе Новой Зеландии и Норвегии. Непосредственно до этой сессии рабочие группы V (Законодательство о несостоятельности) и VI (Обеспечительные интересы) провели свою первую совместную сессию (Вена, 16–17 декабря 2002 года), в ходе которой был рассмотрен пересмотренный вариант бывшей главы X (новая глава IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5), касающейся несостоятельности. На этой сессии Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант данной главы (см. A/CN.9/535, пункт 8).

7. На своей третьей сессии (Нью–Йорк, 3–7 марта 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы VIII, XI и XII первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 и A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) и главы II и III (пункты 1–33) второго варианта проекта руководства (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) и просила Секретариат подготовить их пересмотренные варианты (A/CN.9/532, пункт 13).

8. На ее тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссии были представлены доклады Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее второй и третьей сессий (A/CN.9/531 и A/CN.9/532), а также доклад о работе первой совместной сессии рабочих групп V и VI (A/CN.9/535). Комиссия с удовлетворением отметила прогресс в работе Рабочей группы[7].

9. На своей четвертой сессии (Вена, 8–12 сентября 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы IV (Создание обеспечительных прав), IX (Несостоятельность), I (Введение), II (Ключевые цели) и пункты 1–41 главы VI (Приоритет), а также просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/543, пункт 15).

II. Организация работы сессии

10. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою пятую сессию в Нью–Йорке 22–25 марта 2004 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов Комиссии: Австрии, Буркина–Фасо, Германии, Индии, Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Мексики, Российской Федерации,

[6] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 202–204.

[7] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункты 215–222.

Соединенных Штатов Америки, Судана, Сьерра–Леоне, Таиланда, Уганды, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

11. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Аргентины, Беларуси, Бельгии, Вьетнама, Ганы, Индонезии, Ирландии, Катара, Кубы, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Монголии, Нигерии, Нидерландов, Омана, Перу, Польши, Республики Корея, Святейшего Престола, Сербии и Черногории, Турции, Филиппин, Чешской Республики и Швейцарии.

12. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих национальных или международных организаций: a) организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк, Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС); b) межправительственные организации: Афро–азиатская консультативно–правовая организация (ААКПО), Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР); c) неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Центр международных юридических исследований (ЦМЮИ), Научно–исследовательский центр по унификации права стран Африки (КРЕДО), Ассоциация коммерческого финансирования (АКФ), Международная торговая палата (МТП), Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН); Институт международного права (ИМП), Международная ассоциация свопов и производных инструментов (МАСПИ), Международная рабочая группа по европейскому законодательству о несостоятельности, Институт Макса Планка по иностранному и международному частному праву, Европейская ассоциация студентов-юристов (ЕАСЮ) и Международный союз адвокатов (МСА).

13. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-жа Катрин САБО (Канада);

Докладчик: г-жа Масами Накасима (Япония).

14. На рассмотрении Рабочей группы находились следующие документы: A/CN.9/WG.VI/WP.9 и Добавления I (Подходы к обеспечению), 2 (Публичность и регистрация), 3 (Приоритет), 4 (Права и обязательства сторон до неисполнения), 7 (Коллизионное право) и 8 (Вопросы переходного периода), а также A/CN.9/WG.VI/WP.11 и Добавления 1 (Введение и ключевые цели) и 2 (Создание).

15. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

III. Обсуждение и решения

16. Рабочая группа рассмотрела главы V (Публичность), VI (Приоритет) и X (Коллизионное право) проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (далее в тексте – "проект руководства"). Ход обсуждения в Рабочей группе и принятые ею решения изложены в части IV ниже.

Секретариату было предложено подготовить на основе результатов обсуждений и решений пересмотренный вариант глав проекта руководства, рассмотренных на нынешней сессии.

IV. Подготовка руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Глава VI. Приоритет (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 78–90)

17. Рабочая группа напомнила, что на своей четвертой сессии она рассмотрела пункты 34–41 главы VI (см. A/CN.9/543, пункты 103–120). В то же время, с тем чтобы придать своим обсуждениям большую целенаправленность и добиться как можно более значительного прогресса на нынешней сессии, продолжительность которой на один день короче по сравнению с обычными сессиями, Рабочая группа постановила отказаться от рассмотрения общих замечаний (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 42–77) и перейти к обсуждению резюме и рекомендаций, содержащихся в главе VI (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 78–90).

Приоритет посессорных обеспечительных прав (пункт 82)

18. Было достигнуто согласие о необходимости пересмотра пункта 82, который касается приоритета посессорных обеспечительных прав, с тем чтобы изложить в нем три правила. Первое из них заключается в том, что приоритет посессорного обеспечительного права может быть установлен владением, контролем или регистрацией в зависимости от того, что происходит раньше. Второе правило заключается в том, что обеспеченный кредитор, установивший приоритет с помощью одного из методов, может впоследствии обратиться к другому методу, без утраты своего первоначального приоритетного статуса при условии, что в процессе регистрации, владения или контроля не происходит разрыва. Третье правило состоит в том, что для защиты оборотного характера некоторых активов (например, товарораспорядительных документов) обеспечительное право в таких активах, формализованное в результате владения или контроля, должно иметь приоритет по отношению к обеспечительному праву, формализованному только регистрацией, даже если регистрация произошла раньше. Было решено пересмотреть последнее правило с тем, чтобы включить в него прямую ссылку на конкретные активы, обладающие в определенной степени оборотным характером. Были, однако, выражены и определенные сомнения относительно уместности такого правила на том основании, что оно может подорвать определенность, достигаемую за счет правила приоритета на основании первой регистрации.

19. С учетом изменений в рекомендациях, изложенных в пункте 82, Рабочая группа одобрила существо рекомендаций, содержащихся в главе VI, за исключением рекомендаций, которые касаются механизмов, основывающихся на правовом титуле, и которые было решено заключить в квадратные скобки. К Секретариату была обращена просьба пересмотреть рекомендации, содержащиеся в пункте 82, и привести общие замечания в соответствие с пересмотренными рекомендациями.

20. Напомнив о состоявшемся на ее четвертой сессии обсуждении вопроса о постоянных принадлежностях (см. A/CN.9/543, пункты 23 и 24), Рабочая группа также просила Секретариат включить в главу VI обсуждение и рекомендации применительно к коллизиям приоритетов в отношении постоянных принадлежностей. В ответ на вопрос о последствиях соглашений о субординации в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечение,

Рабочая группа отметила, что этот вопрос должен быть рассмотрен на второй совместной сессии рабочих групп V (Законодательство о несостоятельности) и VI (Обеспечительные интересы) (см. A/CN.9/WG.V/WP.71, пункт 7(e)).

Глава X. Коллизионное право (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, пункты 30–37)

21. Рабочая группа перешла к обсуждению главы X на основе рекомендаций, содержащихся в пунктах 30–37.

A. Право, применимое к посессорным обеспечительным правам в материальном имуществе и непосессорным обеспечительным правам в нематериальном имуществе (пункты 30 и 31)

22. Было выражено общее согласие с тем, что существо рекомендаций, отраженных в пунктах 30 и 31, является приемлемым. Что касается формулировки этих рекомендаций, то было решено указать на денежные средства и оборотные документы в качестве видов материального имущества и на требования – в качестве вида нематериального имущества. Было также достигнуто согласие о замене использованного термина "публичность" ссылкой на "силу в отношении третьих сторон", поскольку в некоторых государствах может и не существовать системы обеспечения публичного доступа к соответствующей информации.

B. Право, применимое к непосессорным обеспечительным правам в материальном имуществе (пункт 32)

23. В отношении альтернативных рекомендаций, содержащихся в пункте 32, который касается непосессорных обеспечительных прав в материальном имуществе, были высказаны различные точки зрения. Одна из них состояла в том, что предпочтительным является вариант 1. Было указано, что, подчиняя вопросы создания и силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон закону местонахождения лица, предоставившего обеспечение, вариант 1 устраняет риск применения множественных законов в случае мобильных товаров, товаров в транзите и товаров, перевозимых из одной правовой системы в другую, а также активов, расположенных в нескольких правовых системах. Было отмечено, что в результате такого подхода определенность в отношении применимого права может быть укреплена, а связанные со сделкой затраты сокращены. Было также указано, что, в то же время, подчиняя вопросы приоритета праву местонахождения обремененных активов, вариант 1 не нарушает законных ожиданий сторон, например, приобретателей обремененных активов или кредиторов по судебному решению.

24. В то же время возобладала точка зрения о том, что предпочтение следует отдать варианту 2, поскольку в нем отражено широко признаваемое правило права местонахождения активов (lex rei sitae). Было указано, что в варианте 2 устанавливается единственно приемлемая норма в том, что касается механизмов, основывающихся на правовом титуле. Было отмечено, что вариант 1 создает проблемы, поскольку он подчиняет вопросы создания и силы обеспечительного права в отношении третьих сторон одному закону (праву местонахождения лица, предоставившего обеспечение), а вопросы приоритета – другому (праву местонахождения активов). Кроме того, было указано, что вариант 1 будет, возможно, трудно применять в некоторых правовых системах, в которых не

проводится различия между вопросами создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета. Было к тому же отмечено, что вариант 1 налагает на стороны и суды бремя и затраты, связанные с применением двух различных законов.

25. После обсуждения, несмотря на предложение сохранить оба варианта для дальнейшего рассмотрения, Рабочая группа постановила исключить вариант 1. Широкую поддержку получило мнение о том, что согласование правового регулирования, которое является одной из основных целей проекта руководства, может быть лучше всего достигнуто, если в проект руководства будут включены четкие рекомендации, не содержащие многочисленных альтернативных вариантов. Рабочая группа также согласилась дополнить вариант 2 определением термина "мобильные товары" и ссылкой на тот момент, который должен учитываться при определении местонахождения обремененных активов. Что касается содержащегося в варианте 2 исключения в отношении обеспечительных прав в мобильных товарах (право местонахождения лица, предоставившего обеспечение), то, хотя и были выражены определенные сомнения, в целом было сочтено, что оно является приемлемым при том понимании, что термин "мобильные товары" означает активы, в отношении которых не имеется специальных систем регистрации, таких, например, как те, которые существуют для воздушных и морских судов и аналогичных активов.

C. Право, применимое к обеспечительным правам в товарах в транзите (пункт 33)

26. Что касается содержащейся в пункте 33 рекомендации в отношении обеспечительных прав в товарах в транзите, то, хотя и было выражено общее согласие с ее необходимостью, были также высказаны некоторые сомнения о том, что подход, основывающийся на праве места назначения, является наиболее уместным. Было высказано мнение, что следует также рассмотреть и другие альтернативные варианты, например право места, в котором сторона, имеющая интерес в товарах, получает товарораспорядительный документ на эти товары.

D. Право, применимое к обеспечительным правам в поступлениях (пункт 34)

27. В Рабочей группе было выражено общее согласие с тем, что к вопросам приоритета обеспечительных прав должно применяться одно и то же право, независимо от того, являются ли соответствующие активы первоначально обремененными активами или же поступлениями. В то же время различные мнения были выражены относительно закона, применимого к вопросам создания обеспечительных прав в поступлениях. Одно из них состояло в том, что эти вопросы должны подчиняться закону, регулирующему создание прав в первоначально обремененных активах, из которых возникают поступления. Другое мнение заключалось в том, что вопросы создания обеспечительных прав в поступлениях должны быть подчинены закону, регулирующему создание активов того же рода, что и поступления. Применительно к случаю, когда товары являются первоначально обремененными активами в государстве A, а дебиторская задолженность – поступлениями в государстве B, согласно первой точке зрения вопросы создания права в поступлениях будут подчинены закону государства A, а согласно второй точке зрения – закону государства B. Было отмечено, что оба этих подхода соответствуют Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, поскольку они оба оставляют вопросы приоритета на урегулирование

на основании права местонахождения лица, предоставившего обеспечение (цедента – по терминологии Конвенции).

E. Право, применимое к обеспечительным правам в товарах, которые перемещаются из одной правовой системы в другую (пункт 35)

28. Было выражено общее согласие с существом содержащейся в пункте 35 рекомендации, согласно которой, если товары перемещаются из государства A в государство B, вопросы создания будут по-прежнему подчиняться праву государства A, а вопросы приоритета будут подчиняться праву государства B, и обеспеченные кредиторы, обладающие приоритетом в соответствии с законом государства A, будут сохранять свой приоритет, при условии, что они формализовали свое право в соответствии с законом государства B в течение определенного срока после перемещения товаров в государство B. Что касается формулировки пункта 35, то было принято решение о необходимости ее пересмотра с тем, чтобы изложить это правило более четко.

F. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительных прав (пункт 36)

29. В отношении всех альтернативных вариантов, содержащихся в пункте 36, в рамках Рабочей группы были высказаны как поддержка, так и критические замечания. В поддержку варианта 1 было указано, что подход, основывающийся на законе места принудительной реализации, отражал бы общеприемлемое правило. Было также отмечено, что такой подход приведет к тому, что право, регулирующее вопросы о средствах правовой защиты, будет тем же, что и закон, применимый к процессуальным вопросам, и, во многих случаях, что и закон местонахождения активов. С другой стороны, было указано, что вариант 1 создает возможности для махинаций.

30. В поддержку варианта 2 было указано, что применение закона, регулирующего создание обеспечительного права, будет соответствовать ожиданиям сторон и позволит установить стабильное правило. С другой стороны, было упомянуто о том, что вариант 2, если его применять совместно с lex rei sitae в качестве закона, регулирующего создание обеспечительных прав, приведет к тому, что в случае принудительной реализации в отношении активов, находящихся в нескольких правовых системах, будут применяться законы всех этих правовых систем. Было отмечено, что последствия использования такого подхода могут быть сведены к минимуму, если вариант 2 будет уточнен за счет включения ссылки на закон, регулирующий вопросы приоритета.

31. В поддержку варианта 3 было указано, что право, регулирующее договорные отношения между кредитором и лицом, предоставившим обеспечение, будет отвечать ожиданиям сторон, но что такой подход поставит в невыгодное положение третьи стороны, у которых не имеется возможностей установить характер средств правовой защиты, находящихся в распоряжении обеспеченного кредитора. Было также указано, что, если подход, основывающийся на варианте 3, будет принят, то необходимо предусмотреть исключения для защиты третьих сторон, например, рабочих и служащих в том, что касается заработной платы, и государства в том, что касается налогов. В ответ было отмечено, что такое ограничение сферы действия применимого права, направленное на поддержание публичного порядка и сохранение действия императивных норм государства суда, безусловно подразумевается во всех альтернативных вариантах.

32. Применительно ко всем вариантам, содержащимся в пункте 36, было указано, что, хотя термин "материально–правовые вопросы" используется для проведения различия с вопросами процессуального плана и хотя, в любом случае, характеризация таких вопросов оставлена на усмотрение права государства суда, этот термин все-таки требуется уточнить. Было также указано, что необходимо провести сопоставление и анализ альтернативных вариантов на основе связанных с ними затрат и выгод. Например, если предпочтение будет отдано варианту 3 и использование этого варианта приведет к применению закона, позволяющего принимать самостоятельные меры по защите своих интересов, то этот результат должен быть оценен на основе последствий с точки зрения доступности и стоимости кредита. Было также предложено прямо изложить подразумеваемое во всех вариантах правило о том, что процессуальные вопросы должны регулироваться законом государства, в котором испрашивается принудительная реализация.

33. После обсуждения Рабочая группа просила Секретариат пересмотреть альтернативные варианты в пункте 36 с тем, чтобы учесть выраженные мнения и внесенные предложения.

G. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительных прав в случае несостоятельности (пункт 37)

34. Было выражено общее согласие с тем, что комментарий и рекомендации в главе X в отношении права, применимого к принудительной реализации обеспечительных прав в случае несостоятельности, должны носить всеобъемлющий и самостоятельный характер, но в то же время должны быть согласованы с соответствующим обсуждением и рекомендациями в проекте руководства по вопросам законодательства о несостоятельности. Рабочая группа сочла принципы, содержащиеся в нынешнем тексте проекта руководства по вопросам законодательства о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.72, пункты 179–181), в целом приемлемыми. В частности, 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 о том, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно прекращать действие права, применимого 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 принудительной реализации обеспечительных интересов, поскольку вопросы принудительного исполнения должны регулироваться законодательством о несостоятельности в том государстве, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. В отношении этого принципа было высказано мнение, что он должен применяться к вопросам принудительной реализации обеспечительных прав в активах, расположенных в государстве, в котором было открыто производство по делу о несостоятельности, но не к принудительной реализации прав в активах, находящихся в других правовых системах. В ответ было отмечено, что этот аспект представляет собой один из вопросов законодательства о несостоятельности, который должен быть рассмотрен в проекте руководства, посвященном несостоятельности.

Глава V. Публичность (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)

35. Рабочая группа сконцентрировала свое внимание на резюме и рекомендациях, содержащихся в главе V (пункты 97–103). С самого начала обсуждения было выражено согласие с тем, что, хотя принцип публичности является общим для многих правовых систем, степени его применения и его понимание различаются. Было указано, что, поскольку проект руководства основывается на проведении различия между последствиями создания обеспечительного права для отношений между сторонами соглашения об обеспечении и силой обеспечительного права в отношении третьих сторон, вопрос о публичности важно проанализировать с точки зрения шагов, которые необходимо предпринять для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (или для обеспечения того, чтобы третьи стороны не вводились в заблуждение кажущейся собственностью лица, предоставившего обеспечение). В этой связи было отмечено, что в проекте руководства может быть проведено полезное обсуждение вопроса об экономических выгодах (для всех участвующих сторон) обеспечения определенности и предсказуемости в отношении прав третьих сторон. После обсуждения Рабочая группа пришла к мнению о том, что в проекте руководства следует рекомендовать такой порядок, при котором публичность будет являться предварительным условием силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон и обеспечения защиты третьих сторон. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению различных форм обеспечения публичности в том порядке, в котором они рассматриваются в главе V.

A. Изъятие из владения (пункты 7–16)

36. Было выражено общее согласие с тем, что передача владения обремененными активами обеспеченному кредитору является хорошим способом для привлечения внимания третьих сторон к тому факту, что лицо, предоставившее обеспечение, более не имеет необремененного правового титула. Было также выражено общее согласие с тем, что для достижения этого результата изъятие из владения должно быть реальным, а не фиктивным. Кроме того, было решено, что функционирование передачи владения обеспеченному кредитору может быть затруднено в случае нематериальных активов и в случаях, когда лицу, предоставившему обеспечение, требуется сохранить активы в своем владении для получения поступлений, необходимых для возврата ссуды.

B. Уведомление и контроль (пункты 17–23)

37. Было указано, что в той мере, в которой третьи стороны могут узнать у должника, обременена ли дебиторская задолженность, уведомление должника, с которого эта задолженность причитается, представляет собой один из методов публичного раскрытия информации о создании обеспечительного права в дебиторской задолженности. В то же время было выражено согласие с тем, что такое уведомление не является эффективным методом обеспечения публичности, поскольку должники не несут обязательств в отношении предоставления третьим сторонам какой-либо информации или в отношении точности такой информации, причем при многих сделках уведомление не является желательным.

38. Что касается понятия "контроля", то было указано на ряд моментов, вызывающих обеспокоенность. Один из них состоит в том, что эта концепция является новой и ее универсального единообразного понимания не имеется. Было отмечено, например, что переведение счета на имя обеспеченного кредитора во многих правовых системах рассматривается как уступка, а не как

передача контроля над счетом. Другой момент, вызвавший обеспокоенность, состоял в том, что каких-либо очевидных причин для решения вопросов, связанных с депозитными счетами, в порядке, отличном от вопросов, связанных с дебиторской задолженностью, не имеется. Еще одна выраженная обеспокоенность заключалась в том, что без обсуждения других методов придания публичности информации об обеспечительных правах в депозитных счетах следить за ходом рассмотрения вопросов о контроле весьма сложно. После обсуждения было принято решение о том, что обсуждение вопросов о контроле и обеспечительных правах в депозитных счетах необходимо пересмотреть для учета этих соображений.

C. Регистрация в реестрах правовых титулов (пункты 24–31)

39. Было выражено согласие с тем, что проставление соответствующей отметки на сертификате правового титула или регистрация в реестре титулов являются приемлемыми методами обеспечения публичности.

D. Регистрация в реестре обеспеченных сделок (пункты 32 и 33)

40. Было указано, что регистрация в реестре обеспеченных сделок может предполагать регистрацию документа, оформляющего сделку, или уведомления о такой сделке. Было также отмечено, что государствам, заинтересованным в установлении всеобъемлющего правового регулирования обеспеченных сделок с целью развития конкурентоспособных финансовых рынков, следует создать единый централизованный реестр обеспеченных сделок для предоставления публичного доступа к уведомлениям относительно всех видов обеспечительных прав во всех видах активов с тем, чтобы позволить третьим сторонам оценивать свои связанные с приоритетом риски с большей степенью определенности и предсказуемости. В дополнение к этому было указано на необходимость координации регистрации в реестрах обеспеченных сделок и специальных реестрах для конкретных активов с тем, чтобы обеспечить эффективное функционирование обеих систем.

41. Хотя была высказана точка зрения о том, что регистрация уведомления в реестре обеспеченных сделок может непреднамеренно привести к увеличению затрат на сделку, возобладало мнение, что такая регистрация может обеспечить определенность и предсказуемость, необходимые кредиторам для оценки соответствующих рисков надежным образом, и тем самым окажет позитивное воздействие на доступность и стоимость кредита.

42. Было указано, что публичность является общеприемлемым принципом правового регулирования обеспеченных сделок и что ее цель состоит в предоставлении защиты третьим сторонам. Изъятие имущества из владения лица, предоставившего обеспечение, уведомление должника, с которого причитается дебиторская задолженность, передача контроля над нематериальным имуществом, например депозитным счетом, и регистрация в реестре обеспеченных сделок были упомянуты в числе тех способов обеспечения публичности, которые в первую очередь используются в различных правовых системах. В дополнение к этому было указано на экономическую необходимость содействия предоставлению непосессорных обеспечительных прав, а также на тот факт, что регистрация является наиболее эффективным средством обеспечения публичной открытости информации об обеспечительных правах. Кроме того, было указано, что если имеются другие эффективные способы обеспечения публичности, то таковые следует упомянуть, а также обсудить в проекте руководства их относительные преимущества и недостатки. В этой связи было отмечено, что следует также рассмотреть и недостатки

реестров обеспеченных сделок. В числе примеров таких недостатков было упомянуто о потенциальных затратах денежных средств, времени и усилий, а также о невозможности с помощью реестра предоставить защиту обеспеченному кредитору в случаях, когда лицо, предоставившее обеспечение, не является собственником или когда активов реально не существует. Было также отмечено, что вместо содействия кредитованию создание реестров может привести к усилению бюрократии и, таким образом, созданию препятствий для кредитования. В ответ было указано, что создание реестров отнюдь не обязательно ведет к созданию бюрократии, если их деятельность организована надлежащим образом, как это рекомендуется в проекте руководства, и что, наоборот, их создание может принести выгоды с точки зрения экономической эффективности.

43. На основе широкой поддержки, выраженной реестрам обеспеченных сделок в ходе обсуждения, и приняв к сведению различные высказанные возражения и опасения, Рабочая группа приняла решение включить в проект руководства рекомендацию о том, что регистрация в реестре обеспеченных сделок является приемлемым методом обеспечения публичности, и перешла к рассмотрению конкретных аспектов такой регистрации.

E. Регистрация уведомлений или регистрация документов? (пункты 34–37)

44. Было принято решение о том, что в проект руководства следует включить рекомендацию о предпочтительности регистрации уведомлений по сравнению с регистрацией документов, оформляющих сделку. Широкую поддержку получило мнение о том, что регистрация уведомлений упрощает процесс регистрации и сводит к минимуму административные и другие затраты и тяготы.

F. Составление индекса активов или индекса лиц, предоставивших обеспечение? (пункты 38–42)

45. Было достигнуто согласие с тем, что в проект руководства следует включить рекомендацию о составлении индекса с указанием лиц, предоставивших обеспечение. Было отмечено, что такой индекс облегчает регистрацию обеспечительных прав во всех нынешних и приобретенных впоследствии активах лиц, предоставивших обеспечение, или в родовых категориях активов в результате единого акта регистрации. Что касается уникально идентифицируемых активов, то было принято решение включить упоминание о регистрации в специальных реестрах конкретных активов. В то же время широкую поддержку получило мнение о необходимости координации деятельности специальных реестров по отдельным активам и реестров обеспеченных сделок с тем, чтобы поиски в одном реестре позволили обнаружить также регистрацию и в другом реестре. В противном случае третьим сторонам потребуется осуществлять поиск в обеих системах регистрации. Кроме того, было достигнуто согласие о необходимости принятия правила о приоритете для урегулирования коллизии приоритетов применительно к правам, зарегистрированным в реестре обеспеченных сделок, и правам, зарегистрированным в специальном реестре отдельных активов.

G. Содержание регистрируемого уведомления (пункты 43–53)

46. В рамках Рабочей группы было выражено общее согласие с рекомендацией включать в содержание регистрируемого уведомления идентификацию лица, предоставившего обеспечение, идентификацию обеспеченного кредитора и

общее описание обремененных активов. Было отмечено, что ограничение содержания уведомлений необходимой информацией послужит повышению эффективности и снижению затрат. С другой стороны, была выражена обеспокоенность тем, что уведомление, содержащее ограниченные данные, может и не обеспечить достаточной защиты для третьих сторон.

47. Отметив, что идентификационные критерии могут различаться в зависимости от государств и что в проекте руководства было бы неуместно предписывать для использования конкретные критерии, Рабочая группа согласилась рекомендовать, чтобы используемые критерии были простыми и четко оговаривались в законодательстве, регулирующем обеспеченные сделки. Было предложено указать в комментарии, что реестр должен обеспечивать механизм для обновления идентификационной информации о сторонах в случае, когда она может измениться в результате смены названия, слияния предприятий или их продажи или уступки обеспечительного права.

48. Различные мнения были высказаны по вопросу о том, следует ли включать в регистрируемые уведомления указание максимальной стоимости обеспеченного обязательства. Одна из точек зрения состояла в том, что такой подход позволит лицу, предоставившему обеспечение, использовать остаточную стоимость своих активов для получения кредита от другого ссудодателя. Другое мнение состояло в том, что это требование вызовет трудности в расчете суммы, на которую предоставляется обеспечение, и приведет к завершению расчетов. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о том, что этот вопрос необходимо обсудить в проекте руководства, но что, однако, по крайней мере на нынешнем этапе, включать каких-либо рекомендаций не следует.

49. Мнения разошлись также по вопросу о том, должно ли предусматриваться обязательство зарегистрированного обеспеченного кредитора отвечать на запросы об информации, поступающие от третьих сторон. Одна из точек зрения состояла в том, что обеспеченный кредитор должен быть обязан отвечать на такие запросы об информации, поступающие от сторон, которые заинтересованы в оценке своих требований в отношении лица, предоставившего обеспечение, однако не могут сделать это самостоятельно (необеспеченные кредиторы, управляющий в деле о несостоятельности, совладельцы обремененных активов). Было указано, что подобное обязательство может быть обусловлено разрешением предоставившего обеспечение лица, которое будет заинтересовано в предоставлении информации потенциальным ссудодателям. Другое мнение состояло в том, что установление подобного обязательства рекомендовать не следует. Было отмечено, что в распоряжении заинтересованных третьих сторон имеются разнообразные источники информации и что создаваемая система должна быть простой. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что этот вопрос необходимо обсудить в проекте руководства, но что, однако, по крайней мере на нынешнем этапе, включать каких-либо рекомендаций не следует.

50. Рабочая группа согласилась с тем, что в проекте руководства следует провести дальнейшее обсуждение вопросов, связанных с аннулированием, обновлением и исправлением уведомлений.

H. Срок регистрации (пункты 56–58)

51. Рабочая группа пришла к согласию о том, что никаких рекомендаций в отношении срока регистрации включать не следует. Было указано, что срок регистрации зависит от ряда факторов (например, технологических новшеств и простоты исключения уведомления из реестра или осуществления множественных регистраций), в отношении которых у государств отсутствует единая практика. В то же время Рабочая группа согласилась с тем, что в проект

руководства следует включить достаточные руководящие указания для национальных законодателей в отношении возможных подходов и их относительных преимуществ. В этой связи в дополнение к фиксированному сроку и сроку, избранному сторонами, было упомянуто о двух подходах, а именно о регистрации на неопределенный срок и регистрации на срок, избранный сторонами, однако при ограничении его максимальной продолжительности законом.

52. В поддержку регистрации на неопределенный срок было указано, что это упростит регистрацию без нанесения ненадлежащего ущерба правам предоставившего обеспечение лица, которое всегда может обратиться с запросом об исключении уведомления из публичного реестра. Было также отмечено, что такой подход будет благоприятным для сделок долгосрочного кредитования. С другой стороны, было указано, что такой подход ненадлежащим образом налагает на лицо, предоставившее обеспечение, бремя принятия мер в случаях, когда уведомление не удалено из реестра обеспеченным кредитором. В поддержку выбора желательного срока сторонами при ограничении его максимальной продолжительности было указано, что такой подход сочетает гибкость, требующуюся сторонам для удовлетворения их нужд, и необходимость в защите лица, предоставившего обеспечение.

I. Технологические соображения (пункты 59–61)

53. Рабочая группа согласилась включить следующую рекомендацию относительно технологических соображений: "процесс регистрации и поиска должен быть простым, прозрачным и максимально доступным". Было также предложено указать на эффективность компьютеризированных систем регистрации.

J. Ответственность за системную ошибку (пункты 62–64)

54. Что касается ответственности за системную ошибку, то было принято решение включить в проект руководства рекомендацию о том, чтобы этот вопрос был четко урегулирован в законодательстве, однако не предписывать какого-либо единообразного решения для всех государств, поскольку это может оказаться невозможным с учетом различий в подходах государств к вопросам ответственности и суверенного иммунитета.

K. Регистрационные сборы (пункт 65)

55. Было достигнуто общее согласие о включении в проект руководства настоятельной рекомендации об установлении номинальных регистрационных сборов для покрытия затрат системы. Широкую поддержку получило мнение о том, что такой подход будет поощрять использование системы и позволит, в то же время, возместить капитальные затраты и расходы на эксплуатацию в течение разумного срока.

L. Соображения, связанные с охраной частного характера информации и конфиденциальности (пункты 66 и 67)

56. Было указано, что в контексте публичных систем регистрации уделение пристального внимания вопросам конфиденциальности является неуместным, поскольку содержание регистрируемого уведомления является частью публичных записей. С другой стороны, была отмечена необходимость

сбалансированности в том, что касается потребности в обеспечении достаточной степени публичной открытости и потребности в защите конфиденциальной и частной информации. Было также указано, что данные, регистрируемые в реестре обеспеченных сделок, не должны использоваться в качестве коммерческого продукта для продажи или с целью ознакомления со списками клиентов конкурента. После обсуждения было достигнуто согласие с тем, что в проекте руководства, без каких-либо настоятельных рекомендаций, следует обсудить данный вопрос с точки зрения необходимости в содействии использованию информации только для тех целей, в которых она была собрана и открыта для публичного доступа.

M. Заблаговременная регистрация (пункты 68–70)

57. Было выражено согласие с тем, что в проект руководства следует включить рекомендацию о создании возможности для заблаговременной регистрации (т.е. регистрации до заключения соглашения об обеспечении). Было указано, что заблаговременная регистрация позволяет ссудодателю выиграть время для обеспечения своего приоритетного статуса и, таким образом, способствует сделкам, заключение которых было бы в ином случае невозможным или было бы связано с более значительными затратами. Было также достигнуто согласие о том, что так называемые "льготные периоды", которые позволяют ссудодателю осуществить регистрацию в течение определенного срока после заключения соглашения и получить приоритет с момента заключения, а не с момента регистрации, подрывают определенность в функционировании системы регистрации и что существование таких "льготных периодов" должно допускаться лишь в весьма ограниченном числе четко указанных случаев. Кроме того, было выражено согласие с тем, что в случаях, когда после заблаговременной регистрации кредит не предоставлен и обеспеченный кредитор не исключил уведомление из публичного реестра, у лица, предоставившего обеспечение, должно иметься право исключить такое уведомление в упрощенном административном порядке.

58. Рабочая группа также выразила согласие с тем, что, поскольку устанавливать такой порядок, при котором уведомление должно касаться только одного конкретного соглашения об обеспечении или обеспечительного права, не предполагается, единое уведомление может охватывать последовательные соглашения об обеспечении.

N. Оговорки в отношении приоритета (пункты 71–73)

59. За исключением того момента, что регистрация не должна наносить ущерба правам покупателей обремененных активов в ходе обычных коммерческих операций, упоминание о котором может быть сохранено, было решено, что обсуждение вопросов о приоритете должно проводиться в главе, посвященной приоритету.

O. Регистрация и принудительная реализация (пункты 74 и 75)

60. Было достигнуто согласие о том, что, хотя краткое упоминание относительно регистрации уведомлений о неисполнении обязательств и принудительной реализации может быть сохранено, соответствующее обсуждение должно быть проведено в главе, посвященной вопросам принудительной реализации. По вопросу о целесообразности установления требования регистрировать уведомления о неисполнении обязательств и принудительной реализации были высказаны различные мнения.

P. Регистрация правового титула и аналогичные механизмы (пункты 76–83)

61. Рабочая группа согласилась отложить обсуждение вопроса о регистрации правового титула и аналогичных механизмов до того момента, когда у нее появится возможность обсудить общий подход к рассмотрению таких механизмов в проекте руководства. Напомнив о достигнутом на ее прошлой сессии решении рассматривать передачу правового титула в целях обеспечения в качестве обеспечительного механизма применительно к вопросам создания и несостоятельности (см. A/CN.9/543, пункт 73), Рабочая группа, в интересах обеспечения последовательности, одобрила рекомендацию о том, чтобы этот же подход использовался и применительно к вопросам публичности.

62. В контексте обсуждения реестров обеспеченных сделок Рабочая группа заслушала заявление представителя Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР) в отношении работы ЕБРР над руководством по вопросам регистрации. Рабочая группа с интересом приняла к сведению работу ЕБРР и подчеркнула важность координации для целей предоставления в распоряжение государств всеобъемлющих и последовательных руководящих положений.

Q. Другие способы обеспечения публичности (пункты 84 и 85)

63. Было указано, что могут быть рассмотрены также и другие способы обеспечения публичности, помимо тех, которые в настоящее время обсуждаются в посвященной этим вопросам главе. В дополнение к этому было отмечено, что в эту главу следует включить более подробное обсуждение соответствующих преимуществ и недостатков различных систем, в том что касается обеспечения публичности. Было, кроме того, указано, что использованную в этой главе терминологию потребуется, возможно, пересмотреть с тем, чтобы более точно отразить различное понимание терминов "публичность" и "регистрация". В этом контексте было отмечено, что Рабочая группа выразила предпочтение использованию нейтральной терминологии, которая не была бы привязана к той или иной конкретной системе.

R. Сила публично не раскрытых обеспечительных прав (пункты 86–96)

64. Было указано, что обеспечительное право, информация о котором не раскрыта публично, может не иметь силы в отношении третьих сторон или только ограниченную силу в отношении определенных третьих сторон, таких как покупатели обремененных активов, которые осведомлены о существовании обеспечительного права, и стороны, получившие эти активы в дар. Было указано, что первый подход обладает преимуществами простоты и определенности. После обсуждения Рабочая группа постановила включить рекомендацию о том, что обеспечительное право, информация о котором не раскрыта публично, не должно иметь силы в отношении третьих сторон.

V. Будущая работа

65. Рабочая группа отметила, что проведение ее шестой сессии запланировано на 27 сентября – 1 октября 2004 года в Вене, при условии утверждения этих сроков Комиссией на ее тридцать седьмой сессии, которая должна быть проведена 14 июня – 2 июля 2004 года в Нью-Йорке. Было отмечено, что с учетом срочной необходимости предоставления в распоряжение государств рекомендаций в области правового регулирования обеспеченных сделок Рабочая

группа должна завершить свою работу как можно скорее и, возможно, представить проект руководства на рассмотрение Комиссии в 2005 году для одобрения в принципе и в 2006 году для окончательного принятия.

E. Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии

(A/CN.9/WG.VI/WP.11 и Add.1 и 2) [Подлинный текст на английском языке]

1. На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела доклад Генерального секретаря о возможной будущей работе в области законодательства об обеспеченном кредитовании (A/CN.9/475). На этой сессии Комиссия решила, что обеспечительные интересы являются важной темой, на которую вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом тесной связи обеспечительных интересов с работой Комиссии по законодательству о несостоятельности. Было активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы оказать значительное воздействие на наличие и стоимость кредита и, тем самым, на международную торговлю. Было также активно поддержано мнение о том, что современное законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы устранить неравенство в плане доступа к недорогому кредиту между сторонами в развитых странах и сторонами в развивающихся странах, а также в плане той доли выгоды, которую такие стороны извлекают из международной торговли. Вместе с тем в качестве предостережения было отмечено, что в подобном законодательстве, чтобы оно было приемлемым для государств, должен быть обеспечен надлежащий баланс в статусе привилегированных, обеспеченных и необеспеченных кредиторов. Было также указано, что ввиду расхождений в политике государств было бы целесообразно использовать гибкий подход, направленный на подготовку свода принципов вместе с руководством, а не типового закона. Кроме того, для обеспечения оптимальных выгод от правовой реформы, включая предупреждение финансовых кризисов, уменьшение масштабов нищеты и облегчение финансирования задолженности как движущей силы экономического роста, любые усилия в области обеспечительных интересов должны координироваться с усилиями в области разработки законодательства о несостоятельности[1].

2. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела последующий доклад Секретариата (A/CN.9/496). На этой сессии Комиссия решила строить свою работу с учетом благоприятного экономического воздействия современного законодательства об обеспеченном кредитовании. Было указано, что, как показал опыт, недостатки в этой области могут оказывать серьезное негативное воздействие на экономическую и финансовую систему какой-либо страны. Указывалось также, что наличие эффективной и предсказуемой правовой основы принесет и краткосрочные, и долгосрочные макроэкономические выгоды. В краткосрочном плане, а именно когда страны сталкиваются с кризисом своего финансового сектора, эффективная и предсказуемая правовая основа является необходимой, особенно, с точки зрения обеспечения удовлетворения финансовых требований, чтобы помочь банкам и другим финансовым учреждениям регулировать обеспеченность их требований посредством создания механизмов быстрого удовлетворения таких требований и содействия реструктуризации компаний с помощью инструмента, который создавал бы стимулы для промежуточного финансирования. В долгосрочном

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 459.

плане гибкая и эффективная правовая основа обеспечительных прав могла бы служить полезным средством ускорения экономического роста. И действительно, без доступа к недорогим кредитам нельзя содействовать экономическому росту, конкуренции и международной торговле, что препятствует расширению предприятий для реализации их полного потенциала[2].

3. Хотя была выражена определенная озабоченность в отношении практической возможности проведения работы в области законодательства об обеспеченном кредитовании, Комиссия отметила, что эту озабоченность разделяют далеко не все ее члены, и приступила к рассмотрению вопроса о масштабах такой работы[3]. По мнению значительного числа членов Комиссии, такая работа должна сосредоточиваться на обеспечительных интересах в товарах, являющихся объектом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы. Была также достигнута договоренность о том, что ценные бумаги и интеллектуальную собственность не следует рассматривать. В отношении интеллектуальной собственности отмечалось, что необходимость проведения работы в этой области стоит менее остро, что эти вопросы очень сложны и что любые усилия по их решению должны предприниматься в координации с такими другими организациями, как Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)[4]. В отношении формы работы Комиссия пришла к мнению о том, что типовой закон может быть слишком жестким, и отметила предложения, касающиеся подготовки свода принципов вместе с руководством для законодательных органов, которое включало бы, где это возможно, типовые законодательные положения[5].

4. После обсуждения Комиссия решила поручить рабочей группе разработку "эффективного правового режима обеспечительных прав в товарах, являющихся объектом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы, для определения вопросов, которые предстоит урегулировать, например вопросов, касающихся формы документа, точного объема активов, которые могут служить в качестве обеспечения…"[6]. Подчеркнув важное значение этого вопроса и необходимость проведения консультаций с представителями соответствующей отрасли и практическими работниками, Комиссия рекомендовала провести в течение двух–трех дней соответствующий коллоквиум[7].

5. На своей первой сессии (Нью–Йорк, 20–24 мая 2002 года) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) рассмотрела подготовленный Секретариатом первый предварительный проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 1–12), доклад международного коллоквиума ЮНСИТРАЛ/АКФ, проведенного в Вене 20–22 марта 2002 года (A/CN.9/WG.VI/WP.3), и замечания Европейского банка реконструкции и развития (A/CN.9/WG.VI/WP.4). На этой сессии Рабочая группа рассмотрела главы I–V и X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 1–5 и 10) и просила Секретариат подготовить пересмотренный вариант этих глав (A/CN.9/512, пункт 12). На этой же сессии Рабочая группа согласилась с необходимостью обеспечить в сотрудничестве с Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности), чтобы вопросы, касающиеся режима обеспечительных прав в рамках производства по делу о несостоятельности, были рассмотрены в соответствии с выводами Рабочей группы V в отношении совпадающих аспектов работы Рабочей группы V и Рабочей группы VI (см. A/CN.9/512, пункт 88, и A/CN.9/511, пункты 126–127).

---

[2] Там же, *пятьдесят шестая сессия*, *Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 351
[3] Там же, пункты 352–354.
[4] Там же, пункты 354–356.
[5] Там же, пункт 357.
[6] Там же, пункт 358.
[7] Там же, пункт 359.

6. На тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее первой сессии (A/CN.9/512). Комиссия выразила Рабочей группе благодарность за проделанную ею работу. Широкую поддержку получило мнение о том, что благодаря этому руководству для законодательных органов Комиссия получает прекрасную возможность оказать государствам помощь в принятии современного законодательства об обеспеченных сделках, которое, по общему мнению, является обязательным, хотя и недостаточным, условием расширения доступа к недорогостоящему кредиту, что содействовало бы трансграничному движению товаров и услуг, экономическому развитию и в конечном счете установлению дружественных отношений между государствами[8].

7. Кроме того, широкую поддержку получило мнение о том, что эта инициатива Комиссии явилась весьма своевременной как с учетом соответствующих законодательных инициатив, предпринимаемых в настоящее время на национальном и международном уровнях, так и с учетом собственной инициативы Комиссии в области законодательства о несостоятельности. В связи с этим Комиссия с особым удовлетворением отметила усилия, прилагаемые Рабочей группой VI и Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) для координации их работы по вопросам, представляющим взаимный интерес, например по вопросу о режиме обеспечительных интересов в случае производства по делу о несостоятельности. Была выражена решительная поддержка в отношении такой координации, что, по общему мнению, имеет принципиально важное значение для выработки всеобъемлющих и согласованных рекомендаций для государств относительно режима обеспечительных интересов в рамках производства по делу о несостоятельности. Комиссия одобрила предложение пересмотреть посвященную вопросам несостоятельности главу проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам с учетом основных принципов, согласованных рабочими группами V и VI (см. A/CN.9/511, пункты 126–127, и A/CN.9/512, пункт 88). Комиссия подчеркнула, что необходимо продолжать обеспечивать координацию деятельности, и просила Секретариат рассмотреть возможность организации совместной сессии двух рабочих групп в декабре 2002 года[9].

8. После обсуждения Комиссия подтвердила мандат, предоставленный Рабочей группе на ее тридцать четвертой сессии в отношении разработки эффективного правового режима обеспечительных интересов в товарах, включая инвентарные запасы. Комиссия подтвердила также, что мандат Рабочей группы следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[10].

9. На своей второй сессии (Вена, 17–20 декабря 2002 года) Рабочая группа рассмотрела главы VI, VII и IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и добавления 6, 7 и 9) первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам, подготовленные Секретариатом. На этой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/531, пункт 15). В связи с этой сессией и в соответствии с предложениями, внесенными на первой сессии рабочей группы (см. A/CN.9/512, пункт 65), была проведена неофициальная презентация систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе Новой Зеландии и Норвегии. Непосредственно перед этой сессией Рабочие группы V (законодательство о несостоятельности) и VI (обеспечительные интересы) провели свою первую совместную сессию

---

[8] Там же, *пятьдесят седьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 202.
[9] Там же, пункт 203.
[10] Там же, пункт 204.

(Вена, 16–17 декабря 2002 года), в ходе которой был рассмотрен пересмотренный вариант бывшей главы X о несостоятельности (новая глава IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). На этой сессии Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант этой главы (см. A/CN.9/535, пункт 8).

10. На своей третьей сессии (Нью–Йорк, 3–7 марта 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы VIII, XI и XII первого предварительного проекта руководства по обеспеченным сделкам и главы II и III второго варианта проекта руководства (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) и просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (A/CN.9/532, пункт 13). В связи с этой сессией была организована неофициальная презентация недавно разработанного закона Словацкой Республики об обеспеченных сделках, который был подготовлен при содействии Всемирного банка и Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР).

11. На тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссии были представлены доклады Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее второй и третьей сессий (A/CN.9/531 и A/CN.9/532), а также доклад о работе первой совместной сессии Рабочих групп V и VI (A/CN.9/535). Комиссия выразила благодарность Рабочей группе за достигнутый прогресс в работе, а также выразила признательность Рабочей группе V и Рабочей группе VI за координацию их работы, касающейся режима обеспечительных прав при производстве по делу о несостоятельности. Кроме того, Комиссия с удовлетворением отметила представление современных систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе и планы Секретариата подготовить документ, касающийся технических вопросов регистрации[11].

12. Кроме того, Комиссия подчеркнула важность координации усилий с другими организациями, заинтересованными в соответствующих вопросах или обладающими соответствующим опытом в области правового регулирования обеспеченных сделок, такими как МИУЧП, Гаагская конференция по международному частному праву, Всемирный банк, Международный валютный фонд, ЕБРР и Азиатский банк развития. Было упомянуто о работе, проводимой в настоящее время МИУЧП по обеспечительным правам в ценных бумагах, о подготовленных Всемирным банком Принципах и рекомендациях в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов, в той мере, в которой они касаются обеспеченных сделок, Типовом законе о сделках с обеспечением и Принципах ЕБРР, Руководстве для регистров движимого имущества Азиатского банка развития и Межамериканском типовом законе об обеспеченных сделках 2002 года, подготовленном Организацией американских государств. Было также упомянуто о необходимости координировать работу с Гаагской конференцией применительно к той главе проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, которая касается коллизионных вопросов, в частности, в связи с правом, применимым к приведению в исполнение обеспечительных прав в случае несостоятельности[12].

13. Что касается сферы проводимой работы, то Комиссия приняла к сведению предложения о том, что Рабочей группе следует рассмотреть возможность охвата – в дополнение к товарам (включая инвентарные запасы) – торговой дебиторской задолженности, аккредитивов, депозитных счетов и прав интеллектуальной и промышленной собственности с учетом их экономической значимости в качестве обеспечения кредита. Что касается содержания проекта руководства, то Комиссия приняла к сведению заявления о том, что одновременно с рассмотрением в проекте руководства различных действенных

[11] Там же, *пятьдесят восьмая сессия*, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 217.
[12] Там же, пункт 218.

подходов в него следует также включить рекомендации и что если придется сформулировать альтернативные рекомендации, то необходимо будет также обсудить их сравнительные преимущества, в частности для развивающихся стран и стран с переходной экономикой[13].

14. После обсуждения Комиссия подтвердила предоставленный Рабочей группе VI на ее тридцать четвертой сессии мандат на разработку эффективного правового режима обеспечительных интересов в товарах, включая инвентарные запасы, и принятое на ее тридцать пятой сессии решение о том, что этот мандат следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку надлежащего документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов. Комиссия также подтвердила, что вопрос о точной сфере работы и, в частности, о том, следует ли охватить в проекте руководства для законодательных органов торговую дебиторскую задолженность, аккредитивы, депозитные счета и права интеллектуальной и промышленной собственности, относятся к компетенции самой Рабочей группы[14].

15. На своей четвертой сессии (Вена, 8–12 сентября 2003 года) Рабочая группа рассмотрела главы I (Введение), II (Ключевые цели), IV (Создание обеспечительных прав), IX (Несостоятельность), а также пункты 1–41 главы VII (Приоритет) и просила Секретариат подготовить пересмотренные варианты этих глав (см. A/CN.9/543, пункт 15).

16. В добавлениях к настоящему вступительному документу содержатся главы I, II и IV пересмотренного проекта руководства: глава I (Введение), глава II (Ключевые цели) и глава IV (Создание обеспечительных прав).

17. Остальные главы содержатся в документах A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 (глава III – Подходы к обеспечению); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 (глава V – Публичность и регистрация); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 (глава VI – Приоритет); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4 (глава VII – Права и обязательства сторон до неисполнения обязательств); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.9 (глава VIII – Неисполнение обязательств и принудительное их исполнение); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6 (глава IX – Несостоятельность); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7 (глава X – Коллизия норм права); и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8 (глава XI – Вопросы переходного периода).

[13] Там же, пункты 220–221.
[14] Там же, пункт 222.

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1)

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам		1–40
I.	Введение	1–8
	A. Цель	1–8
	B. Круг охватываемых вопросов	9–16
	C. Терминология	17
	D. Примеры видов практики финансирования, которые следует охватить в Руководстве	18–28
	1. Финансирование "покупных денег" для приобретения инвентарных запасов и оборудования	19-22
	2. Финансирование под дебиторскую задолженность и инвентарные запасы на основе возобновляемого кредитования	23–25
	3. Финансирование на основе срочной ссуды	26–28
II.	Ключевые цели эффективного и действенного режима обеспеченных сделок	29–40
	A. Содействие развитию кредитования под обеспечение	30
	B. Предоставление широкому кругу коммерческих предприятий возможности использовать полную стоимость, воплощенную в их активах, для получения кредита в рамках широкого круга кредитных сделок	31
	C. Получение обеспечительных прав простым и эффективным образом	32
	D. Признание автономии сторон	33
	E. Предоставление равного статуса кредиторам	34
	F. Признание действительности непосессорных обеспечительных прав	35
	G. Поощрение ответственного поведения путем увеличения предсказуемости и прозрачности	36
	H. Установление ясных и предсказуемых правил приоритета	37
	I. Содействие реализации прав кредитора предсказуемым и эффективным образом	38
	J. Обеспечение баланса интересов затрагиваемых лиц	39
	K. Согласование правового регулирования обеспеченных сделок	40

ПРОЕКТ РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ОБЕСПЕЧЕННЫМ СДЕЛКАМ

[Вступительные замечания будут подготовлены на более позднем этапе]

I. Введение

A. Цель

1. Цель настоящего Руководства заключается в оказании государствам помощи в разработке современного законодательства об обеспеченных сделках, с тем чтобы содействовать доступности недорогостоящего кредитования под обеспечение. Руководство призвано оказать помощь государствам, которые в настоящее время не имеют действенного и эффективного законодательства об обеспеченных сделках, а также государствам, которые уже имеют действующее законодательство, но желают провести его обзор или обновление, или же согласовать или скоординировать свое законодательство с законодательством других государств.

2. Руководство основывается на той предпосылке, что надежное законодательство об обеспеченных сделках может принести значительные экономические выгоды для государств, которые его принимают, включая привлечение кредитов от внутренних и иностранных кредиторов и других поставщиков заемных средств, содействие развитию и росту отечественных предприятий и в целом развитие торговли. Такое законодательство может также принести выгоды потребителям в результате уменьшения цен на товары и услуги и расширения доступности недорогостоящих потребительских кредитов. Для эффективности такого законодательства оно должно подкрепляться эффективными и действенными судебными системами и другими механизмами обеспечения соблюдения законодательства. Оно должно подкрепляться также законодательством о несостоятельности, обеспечивающим соблюдение прав, закрепленных в законодательстве об обеспеченных сделках (см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности).

3. В Руководстве предпринимается попытка стать выше различий между правовыми режимами, с тем чтобы предложить прагматичные и апробированные решения, которые могут быть приняты и осуществлены в государствах с разными правовыми традициями. Руководство направлено прежде всего на разработку законодательства, приносящего практические экономические выгоды для принимающих его государств. Хотя государствам, вполне возможно, придется понести определенные предсказуемые и ограниченные расходы в связи с разработкой и осуществлением такого законодательства, имеющийся обширный опыт свидетельствует о том, что краткосрочные и долгосрочные преимущества, полученные в результате этими государствами, должны существенно перевесить такие расходы.

4. Все предприятия, будь то производители, оптовые торговцы, поставщики услуг или розничные торговцы, нуждаются в оборотном капитале для своего функционирования, роста и успешной конкуренции на рынке. С помощью исследований, проводившихся такими организациями, как Международный банк реконструкции и развития (Всемирный банк), Международный валютный фонд, Азиатский банк развития и Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР), давно доказано, что одним из наиболее эффективных способов обеспечения оборотного капитала для коммерческих предприятий является кредитование под обеспечение.

5. Залогом эффективности кредитования под обеспечение является то, что оно позволяет коммерческим предприятиям использовать стоимость, воплощенную в их активах, в качестве средства снижения риска для кредитора. Такой риск снижается, поскольку кредиты, обеспеченные активами должника, предоставляют кредиторам доступ к этим активам в качестве еще одного источника средств в случае неплатежа со стороны должника. Поскольку риск неплатежа уменьшается, доступность кредита увеличивается, а его стоимость снижается.

6. Правовая система, поддерживающая сделки по кредитованию под обеспечение, имеет решающее значение для снижения таких ожидаемых рисков кредитных сделок и содействия доступности обеспеченного кредита. Доступ к обеспеченному кредитованию является более легким для предприятий в тех государствах, которые имеют действенное и эффективное законодательство, обеспечивающее кредиторам последовательные, предсказуемые результаты в случае неисполнения должниками своих обязательств. С другой стороны, в государствах, в которых кредиторы считают юридические риски, связанные с кредитными сделками, высокими, стоимость кредита возрастает, поскольку кредиторы нуждаются в большем возмещении для оценки и принятия на себя более значительного риска. В некоторых странах отсутствие эффективного и действенного режима обеспеченных сделок или законодательства по вопросам несостоятельности, признающего обеспечительные права, привело к фактической ликвидации кредитования мелких и средних коммерческих предприятий, а также потребителей.

7. Создание правового режима, способствующего кредитованию под обеспечение, помогает не только развитию и росту отдельных предприятий, но также имеет позитивное значение для общего экономического процветания государств. Таким образом, государства, в которых не существует эффективного и действенного режима обеспеченных сделок, могут лишиться ценных экономических выгод.

8. Для того чтобы наилучшим образом содействовать доступности недорогостоящего кредитования под обеспечение, в Руководстве предлагается разработать такое законодательство об обеспеченных сделках, которое позволит коммерческим предприятиям в максимально возможной степени использовать стоимость, воплощенную в их имуществе, для получения кредита. В этой связи Руководство исходит из двух наиболее важных концепций, успешно использовавшихся в законодательстве, регулирующем обеспеченные сделки: концепций приоритета и публичности. Концепция приоритета, которая позволяет определить очередность требований кредиторов, имеющих обеспеченные права в одних и тех же активах, дает коммерческим предприятиям возможность использовать стоимость своих активов в максимально возможной степени путем предоставления имеющих различную степень приоритетности обеспечительных прав в одних и тех же активах более чем одному кредитору. Концепция публичности, реализованная в форме системы, позволяющей регистрировать уведомления относительно обеспеченной сделки, преследует цель укрепления правовой определенности в отношении относительных приоритетов кредиторов и тем самым служит сокращению затрат, связанных с обеспеченными сделками.

B. Круг охватываемых вопросов

9. В Руководстве рассматриваются концессуальные обеспечительные права. В то же время в нем упоминаются и неконцессуальные права, например, предусматриваемые законом или судебно–процессуальными нормами, в тех случаях, когда одно и то же имущество является предметом как концессуальных,

так и неконцессуальных обеспечительных прав и в законе должны быть предусмотрены относительные приоритеты таких прав (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 44–53). В центре внимания Руководства стоят важнейшие коммерческие активы, такие как коммерческие товары (запасы и оборудование) и торговая дебиторская задолженность. В то же время Руководство исходит из предположения о том, что все виды активов могут являться предметом обеспечительных прав, включая все нынешние и будущие активы коммерческого предприятия, и охватывает, таким образом, все активы, за исключением тех из них, которые конкретно исключаются.

10. Примерами исключаемых активов являются суда, воздушные суда, недвижимость и другие активы, являющиеся объектом специальных систем регистрации. Кроме того, в Руководстве не рассматриваются обеспечительные права в ценных бумагах в качестве первоначальных обремененных активов, поскольку характер ценных бумаг и их значение для функционирования финансовых рынков порождают широкий круг вопросов, которые заслуживают специального законодательного регулирования. Эти вопросы рассматриваются в тексте, который в настоящее время разрабатывается Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП). Право, применимое в отношении обеспечительных и других прав в ценных бумагах, не рассматривается в настоящем Руководстве, поскольку эти вопросы являются предметом Гаагской конвенции о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг (Гаага, декабрь 2002 года). Руководство составлено таким образом, чтобы государства, принимающие законодательство, основанное на режиме, предусмотренном в Руководстве, могли одновременно принять во внимание тексты, разработанные МИУЧП и Гаагской конференцией, а также соответствующие тексты, подготовленные ЮНСИТРАЛ, такие как Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью–Йорк, декабрь 2001 года; далее в тексте – "Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке") и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, в надлежащем порядке, возможно, пожелает более подробно осветить этот вопрос. Кроме того, Рабочей группе предстоит принять решение о том, будет ли Руководство охватывать такие активы, как векселя, чеки, аккредитивы, депозитные счета и права интеллектуальной собственности.*]

11. В Руководстве подчеркивается необходимость предоставления физическим или юридическим лицам возможности создавать обеспечительные права не только в имеющихся активах, но также и в будущих активах (т.е. активах, приобретенных или созданных после заключения соглашения об обеспечении), без установления требования о том, чтобы стороны составляли какие-либо дополнительные документы или предпринимали какие-либо дополнительные действия в момент, когда такие активы приобретаются или создаются. Кроме того, в Руководстве рекомендуется признавать обеспечительное право во всех активах какого-либо лица по единому соглашению об обеспечении ("обеспечение во всех активах", которое в некоторых правовых системах называется "ипотекой предприятия" или "обеспечением в ликвидных активах").

12. Руководство также исходит из предположения о том, что предметом обременения может стать широкий диапазон обязательств, как денежных, так и неденежных, и что сторонами обеспечительной сделки могут являться как физические, так и юридические лица, включая потребителей, при условии соблюдения законов о защите потребителей. В дополнение к этому Руководство преследует цель охватить широкий диапазон сделок, которые выполняют обеспечительные функции, включая сделки, связанные с посессорными и непосессорными обеспечительными правами, а также сделки, не имеющие названия обеспеченных (удержание правового титула, передача правового титула

в обеспечительных целях, уступка дебиторской задолженности в обеспечительных целях, финансовая аренда, сделки продажи и обратной аренды и аналогичные им). [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в Руководство обеспечительных механизмов, основывающихся на правовом титуле, и об их режиме. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, в частности, вопросы о том, должны ли современные системы обеспеченных сделок включать правила об обеспечительных механизмах, основывающихся на правовом титуле и – в случае положительного ответа на этот вопрос – какими должны быть правила о создании, публичности, приоритете, приведении в исполнение, несостоятельности и трансграничном признании.*]

13. Рассматриваемый в Руководстве правовой режим является чисто внутренним. Рекомендации Руководства адресованы национальным законодателям, рассматривающим реформу внутреннего законодательства, регулирующего обеспеченные сделки. В то же время, поскольку обеспеченные сделки часто связаны с участниками и активами, расположенными в различных правовых системах, в Руководстве предпринимается также попытка рассмотреть вопрос о взаимном признании обеспечительных прав (и обеспечительных механизмов, основывающихся на правовом титуле, например, на его удержании), надлежащим образом созданных в других правовых системах. Это позволит существенно улучшить законодательство, которое в настоящее время действует во многих государствах и в соответствии с которым обеспечительные права часто утрачиваются, если обремененные активы перевозятся через национальные границы, и будет в значительной степени содействовать стимулированию кредиторов предоставлять кредиты в рамках трансграничных сделок (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, пункты 18–22 и 35).

14. В тексте всего Руководства предпринимается попытка установить баланс между интересами должников, кредиторов (включая обеспеченных, привилегированных или необеспеченных кредиторов), затрагиваемых третьих сторон, покупателей и других цессионариев, а также государства. В связи с этим Руководство исходит из предположения, которое подкрепляется обширными эмпирическими данными, о том, что кредиторы согласятся с таким сбалансированным подходом и, таким образом, будут заинтересованы в предоставлении недорогостоящего кредита, если законодательство (и вспомогательная правовая и правительственная инфраструктура) является достаточно эффективным для того, чтобы позволить кредиторам оценить свои риски с высокой степенью предсказуемости и с уверенностью в том, что они смогут реализовать экономическую стоимость обремененных активов. Принципиальным элементом такого баланса является тесная координация между правовыми режимами, касающимися обеспеченных сделок и несостоятельности, включая положения, касающиеся режима обеспечительных прав в случае реорганизации предприятия. Кроме того, некоторые должники, например потребители, нуждаются в дополнительной защите. Поэтому, хотя режим, предлагаемый в Руководстве, будет применяться в отношении многих форм потребительских сделок, не предполагается, что он будет иметь преимущественную силу по отношению к законодательству о защите потребителей, и при этом в Руководстве не рассматриваются вопросы, касающиеся защиты потребителей, поскольку такие вопросы вряд ли могут быть унифицированы.

15. В этом же ключе в Руководстве рассматриваются также те связанные с обеспеченным кредитом моменты, которые, как отмечалось, вызывают обеспокоенность. Один из них состоит в том, что предоставление кредитору приоритетного права требования на все или практически все активы какого-либо лица может, как представляется, ограничить способность этого лица привлекать финансирование из других источников. Другой вызывающий обеспокоенность

момент связан с потенциальной способностью обеспеченного кредитора оказывать влияние на деятельность коммерческого предприятия до такой степени, что кредитор может наложить арест или угрожать наложением ареста на обремененные активы этого предприятия после неисполнения обязательств. Еще один момент связан с тем, что в некоторых случаях обеспеченные кредиторы могут забрать большую часть или все активы какого-либо лица в случае несостоятельности, оставив лишь ничтожную долю необеспеченным кредиторам, некоторые из которых не имели возможности получить обеспечительное право в этих активах. Эти вызывающие обеспокоенность моменты обсуждаются в Руководстве, и для тех ситуаций, когда они представляются обоснованными, предлагаются соответствующие решения.

16. Руководство основывается на результатах работы ЮНСИТРАЛ и других организаций. Здесь имеются в виду Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности; Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, принятая в ноябре 2001 года, Типовой закон ЕБРР об обеспеченных сделках, разработка которого была завершена в 1994 году; Общие принципы современного законодательства об обеспеченных сделках, разработка которых была завершена ЕБРР в 1997 году; исследование по вопросу о реформе законодательства об обеспеченных сделках в Азии, подготовленное Азиатским банком развития в 2000 году; Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках, подготовленный ОАГ в 2002 году; и Унифицированный закон о структурировании рынка ценных бумаг, подготовленный ОСТПА в 1997 году.

C. Терминология

17. В настоящем Руководстве используется определенная терминология для обозначения понятий, лежащих в основе режима обеспеченных сделок. Используемые термины не взяты из какой-либо конкретной правовой системы. Даже в том случае, когда какой-либо конкретный термин представляется таким же, что и термин, используемый в каком-либо конкретном внутригосударственном законодательстве, значение, придаваемое такому термину, может быть иным. Подобный подход применяется для того, чтобы обеспечить для пользователей единую терминологию и концептуальную основу, а также содействовать согласованию правового регулирования обеспечительных прав. Поэтому в нижеследующих пунктах указываются основные используемые термины и их основное значение, придаваемое им в настоящем Руководстве. Значение этих терминов уточняется при их использовании в последующих главах. В этих главах определяются и используются также дополнительные термины.

a) "Обеспечительное право" означает консенсуальное имущественное право в движимом имуществе и постоянных принадлежностях, которое обеспечивает платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств;

b) "Обеспечительное право на "покупные деньги"" означает обеспечительное право в активах, которое обеспечивает кредит, предоставленный в качестве покупной цены активов, или другое обязательство, принятое с целью приобретения активов. Обеспечительные права на "покупные деньги" включают удержание правового титула и передачу правового титула для целей обеспечения, но не ограничиваются ими.

c) "Обеспеченное обязательство" означает обязательство, защищенное обеспечительным правом.

d) "Обеспеченный кредитор" означает кредитора, обладающего обеспечительным правом.

e) "Должник" означает лицо, которое должно исполнить обеспеченное обязательство. Должник может быть или не быть тем лицом, которое предоставляет обеспечительное право обеспеченному кредитору (см. лицо, предоставляющее право)[15].

f) "Лицо, предоставляющее право", означает лицо, которое создает обеспечительное право в одном или нескольких своих активах в пользу обеспеченного кредитора. Лицо, предоставляющее право, может быть или не быть должником, который должен исполнить обеспеченное обязательство (см. должник).

g) "Соглашение об обеспечении" означает соглашение между лицом, предоставляющим право, и кредитором, которое создает право, обеспечивающее одно или несколько обязательств должника.

h) "Обремененные активы" означают имущество, на которое распространяется обеспечительное право. В целом обремененные активы подразделяются на материальное и нематериальное имущество. Каждая из этих двух общих категорий подразделяется на несколько подкатегорий.

i) "Материальное имущество" означает все виды материального движимого имущества. В число категорий материального имущества входят инвентарные запасы, оборудование, постоянные принадлежности, оборотные инструменты и оборотные документы.

j) "Инвентарные запасы" означают запасы материального имущества (иного, чем материальное имущество в виде оборотных инструментов и оборотных документов), удерживаемого для продажи или аренды в ходе обычной деловой деятельности, а также сырьевые материалы и полуфабрикаты (незавершенные работы).

k) "Оборудование" означает материальное имущество (иное, чем материальное имущество в виде оборотных инструментов и оборотных документов), иное, чем инвентарные запасы, используемое каким-либо лицом в ходе функционирования его предприятия.

l) "Постоянные принадлежности" означают материальное имущество (иное, чем материальное имущество в виде оборотных инструментов и оборотных документов), которое может стать объектом отдельных обеспечительных прав, несмотря на то, что оно настолько тесно связано или ассоциируется с недвижимым имуществом, что может считаться недвижимым имуществом, в соответствии с законодательством государства, в котором находится такое недвижимое имущество.

---

[15] В целях обеспечения соответствия с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности термин "должник" используется в посвященной несостоятельности главе как означающий лицо, которое удовлетворяет требованиям к открытию производства по делу о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.70, "Введение", раздел 2). В то же время в тех случаях, когда обеспечительное право предоставляется не должником, а третьей стороной на основе определенной договоренности с должником и несостоятельными являются и должник, и лицо, предоставившее право, термин "должник" в посвященной несостоятельности главе означает лицо, предоставившее право, поскольку лишь при несостоятельности этого лица кредитор является обеспеченным кредитором, обладающим имущественным правом в обремененных активах. При несостоятельности должника кредитор является необеспеченным кредитором с договорным требованием к должнику.

m) "Нематериальное имущество" охватывает все движимое имущество, иное, чем материальное имущество. В число категорий нематериального имущества входят требования и дебиторская задолженность.

n) "Требование" означает право на исполнение неденежного обязательства, иное чем воплощенное в оборотных документах.

o) "Дебиторская задолженность" означает право на уплату денежного обязательства.

p) "Поступления" означают все, что получено в связи с обремененными активами, включая суммы, полученные от продажи, аренды или другого отчуждения гражданами, и естественные плоды, дивиденды, страховые поступления и требования из утраты или повреждения, а также требования из деликта или гарантии.

q) "Приоритет" означает право какого-либо лица на получение экономических выгод в результате своего обеспечительного права в обремененных активах в преференциальном порядке по отношению к другим лицам, обладающим обеспечительным или другим правом в тех же активах.

r) "Посессорное обеспечительное право" означает обеспечительное право в обремененных активах, находящихся во владении обеспеченного кредитора или третьей стороны (иной, чем должник или третья сторона, предоставившая право), которая удерживает активы в интересах обеспеченного кредитора.

s) "Непосессорное обеспечительное право" означает обеспечительное право в i) материальном имуществе, не находящемся во владении обеспеченного кредитора или третьей стороны, удерживающей материальное имущество в интересах обеспеченного кредитора; или ii) нематериальном имуществе.

t) "Суд по делам о несостоятельности" означает судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности.

u) "Имущественная масса в деле о несостоятельности" означает активы и права должника, которые находятся под контролем или надзором управляющего в деле о несостоятельности и являются объектом производства по делу о несостоятельности.

v) "Производство по делу о несостоятельности" означает коллективное, судебное или административное производство для целей реорганизации или ликвидации должника, которое проводится в соответствии с законодательством о несостоятельности.

w) "Управляющий в деле о несостоятельности" означает лицо или учреждение, на которое возложены функции по управлению имущественной массой в деле о несостоятельности.

x) "Оборотный инструмент" означает инструмент, воплощающий право на платеж, например, простой вексель или переводной вексель.

y) "Оборотный документ" означает документ, воплощающий право на получение материального имущества, например, складскую расписку или коносамент.

z) "Должник по счету" означает лицо, ответственное за уплату дебиторской задолженности.

aa) "Покупатель по обычным коммерческим операциям" означает лицо, которое покупает товары в рамках обычных операций у лица, занимающегося коммерческими продажами товаров такого рода, и которому не известно, что

продажа нарушает обеспечительные или иные права другого лица в этих товарах.

bb) "Контроль" означает юридические полномочия обеспеченного кредитора управлять распоряжением обремененными активами без необходимости какого-либо дополнительного согласия или каких-либо действий со стороны лица, предоставившего право.

D. Примеры видов практики финансирования, которые следует охватить в Руководстве

18. Ниже приводятся три кратких примера видов сделок по кредитованию под обеспечение, которым Руководство призвано способствовать и на которые во всем тексте Руководства даются ссылки с целью проиллюстрировать конкретные аспекты. Эти примеры отражают лишь несколько из многочисленных форм сделок по кредитованию под обеспечение, которые используются в настоящее время, и эффективный режим обеспеченных сделок должен быть достаточно гибким, с тем чтобы учитывать многие существующие способы финансирования, а также способы, которые могут появиться в будущем.

1. Финансирование "покупных денег" для приобретения инвентарных запасов и оборудования

19. Предприятия зачастую желают получить финансирование определенных закупок инвентарных запасов или оборудования. Во многих случаях такое финансирование предоставляется продавцом товаров. В других случаях такое финансирование предоставляется ссудодателем, а не продавцом. Иногда ссудодатель является независимой третьей стороной, но в других случаях ссудодателем может быть дочерняя компания продавца. Продавцу или ссудодателю по соглашению предоставляется обеспечительное право в продаваемых товарах для обеспечения возврата кредита или ссуды. Финансирование такого рода часто называется "финансированием покупных денег".

20. Ниже приводится пример "финансирования покупных денег": производственная компания ABC является производителем мебели и ее предприятия находятся в государстве X, а клиенты – во многих государствах. ABC желает приобрести краску у продавца A и стальной тюбинг у продавца B, а также взять в аренду определенное промышленное оборудование у арендодателя A, причем все это будет использоваться ABC для производства мебели.

21. Согласно закупочному договору, заключенному с продавцом A, ABC должна выплатить покупную цену за краску в течение 30 дней после ее поставки ABC, причем ABC предоставляет продавцу A обеспечительное право в партии краски до полной выплаты ABC покупной цены. Согласно закупочному договору, заключенному с продавцом B, ABC должна выплатить покупную цену за стальной тюбинг до его поставки ABC. ABC получает ссуду у ссудодателя A для финансирования закупки стального тюбинга у продавца B, которая обеспечивается обеспечительным правом в стальном тюбинге. Кроме того, у ABC имеется банковский счет у ссудодателя A, причем ссудодателю A предоставлено обеспечительное право в этом счете в качестве дополнительного обеспечения возврата ссуды.

22. Согласно договору аренды, заключенному с арендодателем A, ABC арендует промышленное оборудование у арендодателя A на срок в два года. ABC должна производить ежемесячные арендные платежи в течение срока аренды. ABC имеет право (но не обязательство) приобрести данное оборудование по

номинальной покупной цене в конце срока аренды. Арендодатель A удерживает правовой титул на это оборудование в течение срока аренды, однако правовой титул перейдет к ABC по истечении срока аренды, если ABC реализует свое право на приобретение. Такой вид аренды часто называется "финансовой арендой". Согласно некоторым формам финансовой аренды правовой титул на арендуемое имущество передается арендатору автоматически в конце срока аренды. Финансовую аренду следует отличать от аренды (часто называемой "операционной арендой (лизингом)"), когда арендатор не имеет права приобрести по своему выбору арендуемое имущество по номинальной цене, правовой титул на арендуемое имущество не передается автоматически арендатору в конце срока аренды, или арендуемое имущество более не имеет полезного срока жизни по истечении аренды.

2. Финансирование под дебиторскую задолженность и инвентарные запасы на основе возобновляемого кредитования

23. Предприятия, как правило, вынуждены расходовать капитал до того, как они смогут произвести и получить прибыль. Например, до того как типичный производитель сможет создать дебиторскую задолженность и получить платежи, он должен израсходовать определенный капитал для приобретения сырья, переработки его в готовую продукцию и продажи этой продукции. В зависимости от вида предприятия этот процесс может происходить в течение нескольких месяцев. Доступ к оборотному капиталу имеет решающее значение для функционирования в период между расходованием наличных средств и получением доходов.

24. Одним из весьма эффективных методов обеспечения такого оборотного капитала является механизм возобновляемого кредитования. В рамках механизма такого рода ссуды, обеспеченные существующей и будущей дебиторской задолженностью и инвентарными запасами заемщика, периодически предоставляются по просьбе заемщика для финансирования его потребностей в оборотном капитале (см. также A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, пункт 12). Заемщик обычно просит предоставить ссуду тогда, когда ему необходимо приобрести и произвести инвентарные запасы, и выплачивает ссуду после того, как эти инвентарные запасы проданы, а продажная цена получена. Поскольку такая структура возобновляемого кредитования позволяет согласовать заимствования с циклом оборота наличных средств заемщика (т.е. создание инвентарных запасов, продажа инвентарных запасов, создание дебиторской задолженности, получение платежа и создание новых инвентарных запасов для возобновления этого цикла), данная структура с экономической точки зрения является чрезвычайно эффективной и выгодной для заемщика.

25. Ниже приводится пример финансирования такого рода: компании ABC обычно требуется четыре месяца, для того чтобы произвести, продать и получить продажную цену за свою продукцию. Ссудодатель B соглашается предоставить ABC возобновляемую кредитную линию для финансирования этого процесса. На условиях кредитной линии ABC может периодически получать ссуды в общем объеме, составляющем до 80 процентов стоимости ее дебиторской задолженности, которую ссудодатель B считает приемлемой для целей кредитования (на основе таких критериев, как кредитоспособность должников по счетам), и до 50 процентов стоимости ее инвентарных запасов, которые ссудодатель B считает приемлемыми для целей кредитования (на основе таких критериев, как вид и качество). Предполагается, что ABC будет периодически погашать эти ссуды по мере получения ею платежей от своих клиентов. Такая кредитная линия обеспечивается всей существующей и будущей дебиторской задолженностью и инвентарными запасами ABC.

3. Финансирование на основе срочной ссуды

26. Предприятия зачастую нуждаются в получении финансирования для крупных, не являющихся частью обычной деятельности расходов, например расходов на строительство нового завода или приобретение предприятия. В таких случаях предприятия зачастую стремятся получить финансирование, сроки платежей по которому наступают лишь через длительный период времени после завершения строительства. Такого рода механизм обычно называется срочной ссудой. Во многих случаях срочная ссуда погашается в соответствии с согласованным графиком платежей.

27. Для предприятий, которые не имеют прочного, установившегося кредитного рейтинга, финансирование за счет срочной ссуды, как правило, является возможным только в той степени, в какой такие предприятия в состоянии предоставить обеспечительные права в своих активах для обеспечения такого финансирования. Объем финансирования будет основываться отчасти на оцениваемой кредитором чистой стоимости, которая может быть получена от реализации активов, подлежащих обременению. Во многих государствах недвижимое имущество является единственным видом активов, которые могут, как правило, обеспечивать финансирование за счет срочной ссуды. Однако многим предприятиям, особенно недавно созданным предприятиям, не принадлежит какое-либо недвижимое имущество и поэтому они не могут иметь доступа к финансированию за счет срочной ссуды. В других государствах получили распространение срочные ссуды, обеспеченные другими активами, например, оборудованием и даже интеллектуальной собственностью.

28. Ниже приводится пример финансирования такого рода: компания ABC желает расширить свои операции и построить новое промышленное предприятие в государстве Y. ABC получает ссуду от ссудодателя C для финансирования такого строительства. Эта ссуда подлежит погашению равными ежемесячными платежами в течение десяти лет и обеспечивается новым промышленным предприятием, в том числе всем оборудованием, находящимся на этом предприятии в момент начала его эксплуатации или приобретенным впоследствии ABC.

II. Ключевые цели эффективного и действенного режима обеспеченных сделок

29. Для того чтобы предусмотреть практические, эффективные решения, в Руководстве рассматриваются и развиваются следующие ключевые цели и темы, связанные с эффективным и действенным режимом обеспеченных сделок.

A. Содействие развитию кредитования под обеспечение

30. Первоочередная цель Руководства состоит в содействии получению недорогостоящего кредита под обеспечение сторонами в тех правовых системах, которые примут законодательство, основывающееся на содержащихся в Руководстве рекомендациях, что позволит таким сторонам и экономике в целом получить экономические выгоды, вытекающие из доступа к такому кредитованию (см. пункт 2).

B. Предоставление широкому кругу коммерческих предприятий возможности использовать полную стоимость, воплощенную в их активах, для получения кредита в рамках широкого круга кредитных сделок

31. Ключ к установлению успешного правового режима, регулирующего обеспеченные сделки, заключается в том, чтобы дать широкому кругу коммерческих предприятий возможность использовать полную стоимость, воплощенную в их активах, для получения кредита в рамках широкого круга кредитных сделок. Для достижения этой цели в Руководстве подчеркивается важное значение всеобъемлющего характера регулирования посредством: i) создания возможности для обременения широкого спектра активов (включая существующие и будущие инвентарные запасы, оборудование и дебиторскую задолженность; ii) создания возможности для обеспечения правами в обремененных активах широкого спектра обязательств (включая будущие и условные обязательства); и iii) распространения преимуществ такого режима на широкий спектр должников, кредиторов и сделок по кредитованию.

C. Получение обеспечительных прав простым и эффективным образом

32. Стоимость кредита снижается, если обеспечительные права могут быть получены эффективным образом. По этой причине в Руководстве предлагаются методы рационализации процедур получения обеспечительных прав и снижения издержек, связанных со сделкой, иным образом. Такие методы включают: устранение излишних формальностей; установление единого метода создания обеспечительных прав вместо множественных способов обеспечения для различных категорий обременяемых активов; и разрешение создавать обеспечительные права в будущих активах и осуществлять будущее кредитование без какой-либо дополнительной документации или каких-либо действий сторон.

D. Признание автономии сторон

33. Поскольку эффективный режим обеспеченных сделок должен обладать максимальной гибкостью и прочностью для охвата широкого спектра сделок по кредитованию, а также учитывать новые и появляющиеся формы таких сделок, в Руководстве подчеркивается необходимость сведения к минимуму императивных законодательных требований с тем, чтобы стороны могли приспособить условия своих сделок по кредитованию к своим конкретным потребностям. В то же время в Руководстве учитывается тот момент, что другие законодательные нормы могут защищать законные интересы потребителей или других лиц, и особо указывается, что режим обеспеченных сделок не должен иметь преимущественной силы по отношению к таким нормам.

E. Предоставление равного статуса кредиторам

34. Поскольку здоровая конкуренция между всеми потенциальными кредиторами является эффективным способом снижения стоимости кредита, в Руководстве рекомендуется, чтобы режим обеспеченных сделок в равной степени применялся к различным кредиторам, включая банки и другие финансовые учреждения, а также внутренним и иностранным кредиторам.

F. Признание действительности непосессорных обеспечительных прав

35. Поскольку предоставление обеспечительного права не должно затруднять или делать невозможным для должника или другого лица, предоставляющего право, продолжение его деловых операций, в Руководстве рекомендуется, чтобы правовой режим предусматривал создание непосессорных обеспечительных прав в широком спектре активов наряду с механизмом обеспечения публичности информации о существовании таких обеспечительных прав.

G. Поощрение ответственного поведения путем увеличения предсказуемости и прозрачности

36. Поскольку эффективный режим обеспеченных сделок должен также поощрять ответственное поведение всех сторон сделки по кредитованию, в Руководстве предпринимается попытка способствовать предсказуемости и прозрачности с тем, чтобы стороны могли оценивать все соответствующие правовые вопросы и предусматривать надлежащие последствия за несоблюдение применимых правил, и одновременно учитываются и рассматриваются вопросы, касающиеся конфиденциальности.

H. Установление ясных и предсказуемых правил приоритета

37. Обеспечительное право будет иметь незначительную ценность или вообще не будет иметь ценности для кредитора, если кредитор не может доказать приоритет своих прав в имуществе по отношению к другим кредиторам (включая управляющего в деле о несостоятельности). Поэтому в Руководстве предлагается создать систему регистрации публичных уведомлений применительно к обеспечительным правам и, на основе такой системы, установить ясные правила, позволяющие кредиторам надежным, своевременным и экономичным образом определить приоритет своих обеспечительных прав с самого начала осуществления сделки.

I. Содействие реализации прав кредитора предсказуемым и эффективным образом

38. Обеспечительное право будет также иметь незначительную ценность или вообще не будет иметь ценности для кредитора, если кредитор не может реализовать свое обеспечительное право предсказуемым и эффективным образом. Поэтому в Руководстве предлагаются процедуры, позволяющие кредиторам принудительным образом реализовывать свои обеспечительные права при условии осуществления в надлежащих случаях судебного или другого официального контроля или надзора или наличия процедур обжалования. В Руководстве также рекомендуется обеспечить тесную координацию между законодательством государства по вопросам обеспеченных сделок и законодательством о несостоятельности с целью обеспечения действительности и приоритета обеспечительных прав, созданных до наступления несостоятельности, а также их экономической стоимости, при условии соблюдения соответствующих норм законодательства о несостоятельности.

J. Обеспечение баланса интересов затрагиваемых лиц

39. Поскольку обеспеченные сделки затрагивают интересы различных лиц, включая должника, других предоставляющих права лиц, конкурирующих кредиторов, например, обеспеченных, привилегированных и необеспеченных кредиторов, приобретателей и других лиц, получающих соответствующие права, а также интересы государства, в Руководстве предлагаются правила, учитывающие их законные интересы, и предпринимается попытка обеспечить на сбалансированной основе достижение всех вышеупомянутых целей.

K. Согласование правового регулирования обеспеченных сделок

40. Принятие законодательства, основывающегося на содержащихся в Руководстве рекомендациях, приведет к согласованию правового регулирования обеспеченных сделок (через принятие аналогичных материально–правовых законодательных норм, что будет способствовать трансграничному признанию обеспечительных прав). Этот результат уже сам по себе будет способствовать финансированию международной торговли и перемещению товаров и услуг через национальные границы.

Доклад Генерального секретаря о проекте руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам: рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии

ДОБАВЛЕНИЕ (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2)

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–69
IV. Создание обеспечительных прав	1–69
A. Общие замечания	1–66
1. Введение	1–2
2. Основные элементы обеспечительного права	3–41
a) Обеспечиваемые обязательства	3–13
b) Обременяемые активы	14–29
c) Поступления	30–41
3. Соглашение об обеспечении	42–51
a) Функции	42
b) Стороны	43
c) Минимальное содержание	44–45
d) Формальные требования	46–49
e) Вступление в силу	50–51
4. Вещно–правовые требования	52–57
a) Право собственности, ограниченное право собственности, право распоряжения	52–53
b) Договорные ограничения права распоряжения	54–56
c) Передача владения, контроль, уведомление, регистрация	57
5. Обеспечительные инструменты, основанные на правовом титуле	58–66
a) Сохранение правового титула	61–62
b) Передача правового титула и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения	63–64
c) Договорные механизмы с обеспечительной функцией	65
B. Резюме и рекомендации	66–69

IV. Создание обеспечительных прав

A. Общие замечания

1. Введение

1. В настоящей главе рассматриваются вопросы, касающиеся создания консенсуальных обеспечительных прав (статутные или судебные права упоминаются в настоящем Руководстве лишь в контексте коллизии приоритетов; см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 44–53). До рассмотрения вопросов, касающихся соглашения об обеспечении (см. раздел A.3) и других вещно–правовых требований в отношении создания действительного обеспечительного права (см. раздел A.4), в настоящей главе указывается на два основных элемента обоих вышеупомянутых понятий, а именно на обеспечиваемые обязательства (см. раздел A.2.a) и обременяемые активы (см. раздел A.2.b).

2. Дополнительные требования, касающиеся действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон, рассматриваются в главе VI о приоритете, поскольку они касаются ранжирования кредиторов, обладающих обеспечительными правами в одном и том же активе. Вопросы, касающиеся действительности обеспечительных прав в случае несостоятельности, рассматриваются в главе IX о несостоятельности.

2. Основные элементы обеспечительного права

a) Обеспечиваемые обязательства

i. Связь между обеспечением и обеспеченным обязательством

3. Обеспечительные права носят акцессорный характер по сравнению с обеспечиваемым обязательством и зависят от него. Это означает, что действительность и условия соглашения об обеспечении зависят от действительности и условий соглашения, из которого возникает обеспеченное обязательство. В частности, в отношении сделок по возобновляемому кредитованию обеспечительное право носит акцессорный характер, в том смысле, что, хотя оно может обеспечивать будущие авансовые платежи и изменяющиеся обязательства (см. пункт 12), оно не может быть исполнено в принудительном порядке в отсутствие авансовых платежей по кредиту и не может превышать суммы обязательства, причитающегося в момент принудительного исполнения.

ii. Ограничения

4. В некоторых странах непосессорные обеспечительные права могут относиться только к конкретным видам обязательств, которые указаны в законодательстве (например, ссуды для приобретения автотранспортных средств или ссуды фермерам). В других странах, в которых действует общий режим только посессорных обеспечительных прав или же и посессорных, и непосессорных обеспечительных прав, такого рода ограничения не установлены. Такой всеобъемлющий подход сопряжен с возможностью распространения основных преимуществ обеспеченного финансирования для участвующих сторон (т.е. более широкого доступа к кредиту и по более низкой стоимости) на широкий спектр сделок. Кроме того, подобный подход способствует обеспечению определенности, соответствия и равного статуса всех должников и обеспеченных кредиторов. Если же необходимы специальные режимы по конкретным социально–экономическим причинам, то отрицательные последствия могут быть сведены к минимуму за счет установления таких

режимов на четкой и транспарентной основе и ограничения сферы их действия узким кругом сделок.

iii. Виды обязательств

a. Денежные и неденежные обязательства

5. Обеспечение может быть создано в отношении как денежных обязательств, так и неденежных обязательств, которые могут быть преобразованы в денежные обязательства.

b. Виды обязательств

6. Если не установлен специальный режим обеспечительных прав в конкретных видах обязательств (например, в отношении ссуд, предоставляемых под залог), нет необходимости включать в законодательство перечень всех видов обязательств, которые могут быть обеспечены. Исчерпывающий перечень подготовить невозможно. Тем не менее примерный перечень, как правило, может включать обязательства, возникающие из займов и приобретения товаров, в том числе инвентарных запасов и оборудования, в кредит.

c. Будущие и условные обязательства

7. Будущие обязательства могут по-разному определяться в правовых системах. В некоторых системах будущими обязательствами являются обязательства, в отношении которых не было заключено договора (такой подход применяется в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке; см. статью 5 (b)). В других системах даже те обязательства, в отношении которых заключен договор, но срок исполнения которых не наступил в момент заключения соглашения об обеспечении (поскольку ссуда еще не была выплачена или же ссуда предоставляется в рамках механизма возобновляемого кредитования; см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 24), рассматриваются в качестве будущих обязательств.

8. Различие между текущим и будущим обязательством имеет существенное значение в тех правовых системах, в которых, по причинам обеспечения определенности и защиты должника, в отношении будущих обязательств не может быть предоставлено обеспечение или же такое обеспечение может быть предоставлено только в пределах определенной максимальной суммы. В результате этого в таких правовых системах должники не в состоянии воспользоваться преимуществами определенных сделок, например механизмами возобновляемого кредитования. В других правовых системах будущие обязательства могут быть обеспечены без каких-либо ограничений. В таких системах для охвата как текущих, так и будущих обязательств достаточно одного соглашения об обеспечении. Поэтому в случае каждого нового продления или увеличения суммы кредита не требуется, чтобы соответствующее обеспечительное право изменялось или даже вновь создавалось, и это оказывает позитивное воздействие на наличие и стоимость кредита. Хотя обеспечительное право может быть создано в будущем обязательстве, оно не может быть принудительно реализовано до возникновения такого обязательства и наступления срока его погашения.

9. Обязательства, в отношении которых какое-либо условие устанавливается впоследствии, рассматриваются в качестве текущих обязательств, а обязательства, в отношении которых условия установлены ранее, обычно рассматриваются в качестве будущих обязательств.

iv. Обозначение

a. Конкретное обозначение и максимальная сумма

10. В некоторых правовых системах существует необходимость для сторон конкретно обозначать обеспеченное обязательство в своем соглашении или установить максимальный предел в отношении суммы обеспеченных обязательств. В этом случае предположение заключается в том, что такое обозначение или ограничение отвечает интересам должника, поскольку должник будет защищен от чрезмерной задолженности и сможет прибегать к привлечению дополнительного кредита от другой стороны. Тем не менее такие ограничения могут привести к ограничению суммы предоставляемого кредита и повышению стоимости кредита. В частности, пределы в отношении обеспечиваемой суммы, налагаемые законодательством, неизбежно будут носить произвольный характер, не позволят учесть потребностей каждого отдельного должника и периодически будут нуждаться в корректировке, поскольку со временем они будут устаревать.

11. По всем этим причинам многие правовые системы не содержат требований о конкретных обозначениях обеспечиваемых обязательств и разрешают сторонам устанавливать по собственному усмотрению обеспечиваемую сумму, включая все суммы, причитающиеся с должника обеспеченному кредитору ("оговорки о любых суммах"). В таких правовых системах обеспеченное обязательство должно быть определено или поддаваться определению на основе соглашения об обеспечении в тех случаях, когда требуется определение (например, в том случае, если обеспеченный кредитор стремится обеспечить принудительное исполнение своих обеспечительных прав). Оговорки о любых суммах основаны на предположении о том, что обеспеченный кредитор не может требовать в отношении обремененных активов большего, чем то, что ему причитается, и что если обязательство обеспечено полностью, то, по всей вероятности, обеспеченный кредитор предложит должнику более благоприятные условия кредитования (см. также A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункт 53).

b. Изменение суммы обязательства

12. Современные финансовые сделки, как правило, уже более не связаны с единовременными платежами и вместо этого часто предусматривают авансовые платежи, которые производятся в различные моменты времени в зависимости от потребностей должника (например, механизмы возобновляемого кредитования должника для приобретения инвентарных запасов; см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 24). Такое финансирование может осуществляться на основе текущего счета, сальдо которого ежедневно изменяется. Если сумма обеспеченного обязательства снижалась бы на сумму каждого произведенного платежа, то кредиторы были бы не заинтересованы в выплате новых авансовых платежей до получения дополнительного обеспечения. Такая практика оказалась бы весьма неэффективной, поскольку она привела бы к увеличению расходов и затрат времени должника на приобретение новых товаров, необходимых для ведения коммерческих операций.

c. Суммы в иностранной валюте

13. Сумма обеспеченного обязательства может быть выражена в любой валюте. В случае отказа от платежа (или несостоятельности) должника и отчуждения обремененных активов, возможно необходимо будет конвертировать поступления от такого отчуждения обремененных активов, с тем чтобы обеспеченные обязательства и обремененные активы были выражены в одной валюте. Тем не менее этот вопрос обычно регулируется в соответствии с договором, из которого возникает обеспеченное обязательство, и в соответствии с применимым правом (например, в отсутствие соглашения преобладающую

силу имеет обменный курс, действующий в месте принудительного исполнения или проведения разбирательства по делу о несостоятельности).

b) Обременяемые активы

i. Объект обеспечительного права

14. Объектом обеспечительного права может быть право собственности должника или другого лица, передавшего обеспечительное право, или другое ограниченное право (например, право пользования или аренды) на обремененные активы (включая будущие активы; см. пункты 16–18). Принцип, который признается в большинстве правовых систем, заключается в том, что должник не может передавать обеспеченному кредитору больше прав, чем те права, которыми обладает должник или который он может приобрести в будущем. Все большее значение в качестве объектов обеспечительных прав помимо материальных активов (т.е. товаров) приобретают нематериальные активы (т.е. дебиторская задолженность и другие права).

ii. Ограничения

15. В некоторых правовых системах специальное законодательство, касающееся конкретных видов непосессорных обеспечительных прав, устанавливает ограничения в отношении видов активов, которые могут служить в качестве обеспечения или являться элементом стоимости активов, которые могут быть обременены. Такие ограничения, которые, как правило, предназначены для защиты должников, не позволяют должникам использовать всю стоимость своих активов для получения кредита. Поэтому преимущества и недостатки таких ограничений необходимо тщательно взвешивать. Ограничения, обусловленные соображениями публичной политики, могут распространяться, например, на заработную плату и пенсионные выплаты, не превышающие определенной минимальной суммы, а также на предметы домашнего обихода (за исключением их использования в качестве обеспечения обязательств по уплате их собственной покупной цены).

iii. Будущие активы

16. Термин "будущие" охватывает как активы, которые уже существуют в момент заключения соглашения об обеспечении, но не принадлежат должнику или другому лицу, передающему право (или же должник или другое лицо, передающее право, не могут их отчуждать), так и активы, не существующие в данный момент времени.

17. В некоторых странах будущие активы не могут использоваться в качестве обеспечения. Такой подход частично основывается на технических понятиях вещного права (например, то, чего не существует, не может быть передано или обременено). Он основан также на озабоченности по поводу того, что допущение беспрепятственного отчуждения будущих активов может непреднамеренно привести к возникновению чрезмерной задолженности и чрезмерной зависимости должника от одного кредитора, что будет препятствовать получению должником дополнительных обеспеченных кредитов из других источников (см. пункт 24). Еще одна причина недопущения создания обеспечительных прав в будущих активах заключается в том, что вероятность получения необеспеченными кредиторами должника удовлетворения их требований может быть существенно уменьшена. Тем не менее технические понятия вещного права не должны использоваться для создания препятствий удовлетворению практической потребности в использовании будущих активов в качестве обеспечения для получения кредита. Кроме того, коммерческие должники могут сами защитить свои интересы и не нуждаются в статутных ограничениях, устанавливаемых в отношении возможности передачи будущих

активов. Более того, возможность обременять будущие активы позволяет должникам, которые не обладают достаточными текущими активами, получить в кредит, что может способствовать развитию их коммерческих операций и отвечать интересам всех кредиторов, включая необеспеченных кредиторов.

18. В других странах стороны могут договариваться о создании обеспечительного права в будущих активах. Распоряжение такими активами осуществляется в настоящее время, но становится действительным только тогда, когда должник или другое лицо, передающее право, становится собственником таких активов или такие активы образуются. Именно такой подход используется в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. статью 8(2) и статью 2(a)). Допущение использования будущих активов в качестве обеспечения кредита имеет важное значение, в частности, для обеспечения требований, возникающих в связи со сделками по возобновляемому кредитованию (см. пункт 12), с помощью возобновляемой совокупности активов. Активы, к которым, как правило, применяется такой метод, включают инвентарные запасы, которые в силу своего характера предназначены для продажи и замены, а также дебиторскую задолженность, которая после ее получения заменяется новой дебиторской задолженностью. Основное преимущество этого подхода заключается в том, что одно соглашение об обеспечении может охватывать изменяющуюся совокупность активов, которая соответствует обозначению в соглашении об обеспечении. В противном случае необходимо периодически изменять соглашение об обеспечении или заключать новые соглашения, что может увеличить издержки, связанные со сделкой, а также уменьшить сумму доступного кредита, в частности, в рамках механизмов возобновляемого кредитования.

iv. Активы, не идентифицируемые конкретно

19. В некоторых правовых системах обременяемые активы должны быть конкретно идентифицированы. Хотя такое требование призвано защитить должника от чрезмерных ограничений, оно ограничивает также доступ к кредиту, поскольку конкретная идентификация не представляется возможной в отношении таких активов, как инвентарные запасы и, до некоторой степени, дебиторская задолженность. Для решения этой проблемы многие страны разработали правила, позволяющие сторонам обозначать подлежащие обременению активы лишь в общем плане. Конкретная идентификация, которая требуется в целом, транспланируется от отдельных предметов к единому целому, которое в свою очередь должно быть идентифицировано в общем плане. В некоторых правовых системах достаточно даже обозначения, касающегося всех существующих и будущих активов (например, указание на "все мои активы, принадлежащие мне в настоящее время и приобретенные впоследствии"). В некоторых из таких правовых систем подобное общее обозначение обременяемых активов не допускается в отношении активов потребителей или даже отдельных мелких торговцев.

v. Обеспечение во всех активах

20. В некоторых правовых системах по тем же причинам, по которым будущие активы или не идентифицируемые конкретно активы не могут быть обременены (см. пункты 16–18), должнику не разрешается предоставлять обеспечение во всех своих активах. В других правовых системах должникам разрешается предоставлять обеспечительное право во всех своих активах до определенной доли их общей стоимости. Такие ограничения, которые призваны обеспечить определенную защиту необеспеченных кредиторов, могут привести к ограничению наличия кредита и повышению стоимости кредита.

21. Для содействия наличию обеспеченного кредита в некоторых правовых системах разрешается создавать непосессорное обеспечительное право во всех активах должника, включая материальные и нематериальные, движимые и недвижимые активы (хотя в отношении обеспечения в недвижимых активах могут применяться иные правила), а также в текущих и будущих активах. Наиболее важным аспектом такого обеспечения во всех активах является то, что оно охватывает все активы должника и должник имеет право отчуждать определенную часть своих обремененных активов (например, инвентарные запасы) в ходе своих обычных операций (в то время как обеспечение автоматически переносится на поступления от отчужденных активов). В правовых системах большинства стран признается такое право отчуждать обремененные активы, не затрагивая обеспечительное право. Тем не менее в правовых системах некоторых стран отчуждение обремененных активов должником, хотя и санкционированных кредитором, рассматривается как несовместимое с понятием обеспечительного права.

22. С созданием обеспечения во всех активах связана, хотя и отличается от него, проблема чрезмерного обременения, которая возникает в ситуациях, когда стоимость обремененных активов существенно превышает сумму обеспеченного обязательства. Хотя обеспеченный кредитор не может требовать большую сумму, чем сумма обеспеченного обязательства, а также проценты и издержки (и, возможно, ущерб), чрезмерное обременение может создавать проблемы. Активы должника могут быть обременены в такой степени, что это затрудняет и даже делает невозможным (по меньшей мере в отсутствие соглашения о субординации между кредиторами) получение должником обеспечения второй очереди от другого кредитора. Кроме того, принудительное исполнение необеспеченными кредиторами должника может быть исключено или, по крайней мере, в большей степени затруднено (если не имеется избыточной стоимости). Решение, разработанное судами в некоторых странах, заключается в том, чтобы объявить любое обеспечительное право, существенно превышающее сумму обеспечиваемого обязательства, а также процентов, издержек и ущерба, не имеющим силы или предоставить должнику право требования для высвобождения такого чрезмерного обеспечения. Это решение может иметь практическое значение, если надлежащая с коммерческой точки зрения гарантия может быть определена и предоставлена кредитору, что может оказаться весьма сложной задачей в некоторых случаях.

23. В некоторых странах обеспечение во всех активах принимает форму так называемого "залога предприятия". Залог предприятия может охватывать все активы предприятия (включая, в некоторых странах, даже недвижимое имущество). Он может охватывать, например, поступления наличности, новые инвентарные запасы и оборудование, а также будущие активы предприятия, при этом текущие активы, которые отчуждаются в ходе обычных операций, освобождаются от залога. Основные преимущества залога предприятия заключаются в том, что он позволяет предприятию, которое имеет большую стоимость в целом, получить более значительные кредиты по более низким ставкам. Весьма интересной особенностью некоторых форм залога предприятия является то, что при принудительном исполнении обеспеченным кредитором и при принудительном исполнении другим кредитором для руководства этим предприятием может быть назначен управляющий. Такое назначение может способствовать избежанию ликвидации и проведению реорганизации данного предприятия, что имеет благоприятные последствия для кредиторов, работников предприятия и экономики в целом. Тем не менее на практике управляющие, назначенные обеспеченным кредитором, могут действовать в интересах этого обеспеченного кредитора. Данная проблема может быть в определенной степени решена, если управляющий назначается и действует под контролем суда или иного органа. Этот аспект залога предприятия вполне можно было бы

распространить на обеспечение во всех активах в том смысле, что управляющий может назначаться на основе соглашения между должником и обеспеченным кредитором или по решению суда и на него может быть возложена ответственность за принудительное исполнение в рамках дела о несостоятельности и за его пределами. [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли такой управляющий действовать в интересах обеспеченного кредитора или же в интересах всех кредиторов (см. A/CN.9/543, пункт 19).*]

24. Залог предприятия может быть сопряжен на практике с определенными недостатками. Один из недостатков заключается в том, что обеспеченный кредитор, как правило, является или становится основным или даже единственным источником кредита и это может повлиять на конкуренцию между кредиторами и таким образом оказать отрицательное воздействие на наличие и стоимость кредита, поскольку другие кредиторы оказываются незащищенными (хотя конкуренция не обязательно исключается, поскольку единственный крупный кредитор может предложить особенно выгодные условия кредита). Для решения этой проблемы некоторые страны установили ограничения в отношении охвата залога предприятий, зарезервировав определенную долю стоимости предприятия для необеспеченных кредиторов в случае несостоятельности. Тем не менее такие ограничения могут иметь отрицательные последствия для наличия кредита, поскольку они фактически сокращают сумму активов, которые можно использовать в качестве обеспечения (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт 34). Другой возможный недостаток залога предприятия заключается в том, что на практике держатель залога может не осуществлять достаточного контроля над коммерческими операциями данного предприятия и не принимать активного участия в реорганизационном производстве, поскольку он обладает надежным обеспечением. Для того чтобы уравновесить слишком сильные позиции залогодержателя, предприятию–должнику может быть предоставлено право требования в отношении высвобождения значительно чрезмерного обеспечения (см. пункт 22).

25. В других странах обеспечение во всех активах принимает форму так называемого "плавающего обременения", которое представляет собой всего лишь потенциальное обеспечительное право, при котором должник имеет право отчуждать определенную часть обремененных активов (например, инвентарные запасы) в ходе своих обычных операций. Такое отчуждение запрещено с момента неисполнения должником своих обязательств, когда плавающее обременение "кристаллизуется" и становится в полной мере действительным "фиксированным" обременением. Если правовая система допускает создание непосессорных обеспечительных прав во всех активах должника и при этом должнику разрешается отчуждать определенную часть активов в ходе его обычных операций, нет необходимости сохранять конкретные толкования или термины "залог предприятий" или "плавающее обременение".

vi. Постоянные принадлежности, приращенные активы и смешанные товары

26. Движимое имущество может быть присоединено либо к недвижимому имуществу (и тогда оно становится постоянной принадлежностью), либо к другому движимому имуществу таким образом, что оно не утрачивает своей идентичности (и тогда оно становится приращенным активом), или же таким образом, что оно утрачивает свою идентичность (и становится смешанным товаром). Во всех таких случаях возникает вопрос о том, сохраняется ли обеспечительное право, объектом которого являлось первоначальное движимое имущество до присоединения или смешивания.

27. В некоторых странах обеспечительное право может быть создано в движимом имуществе, которое представляет собой постоянные принадлежности

(что не препятствует созданию обеспечительного права в соответствии с правом, регулирующим недвижимое имущество) или приращенные активы, или же может сохраняться в движимом имуществе, которое превратилось в постоянные принадлежности или приращенные активы независимо от стоимости или сложности отсоединения постоянных принадлежностей или приращенных активов от имущества, к которому они были присоединены, и независимо от того, превратилась ли постоянная принадлежность или приращенный актив в неотъемлемый элемент такого имущества. В таких странах вопрос о том, можно ли идентифицировать и беспрепятственно отсоединить постоянную принадлежность или приращенный актив от имущества, к которому они присоединены, без нанесения ущерба, имеет непосредственное отношение к определению приоритета между конкурирующими заявителями требований (см. главу VI о приоритете). В других странах, в которых не проводится различий между созданием права и приоритетом, этот вопрос является вопросом создания права.

28. Что касается смешанных товаров, то в некоторых странах, если обремененные активы смешиваются с другими активами таким образом, что обремененные активы уже более нельзя идентифицировать, обеспечительное право может быть конвертировано в обеспечительное право в продукте или массе (в отношении приоритета конкурирующих требований в смешанных товарах см. главу VI о приоритете).

vii. Ответственность за ущерб, причиняемый обремененными активами

29. Хотя ответственность за ущерб, причиняемый обремененными активами (в результате нарушений договора или гражданского правонарушения), не относится к категории вопросов, связанных с обеспеченными сделками, этот вопрос важно рассмотреть, поскольку он может повлиять на наличие и стоимость кредита. Особенно важным является вопрос об ответственности за экологический ущерб, причиняемый активами, которые являются объектом посессорных или непосессорных обеспечительных прав, поскольку денежные последствия и ущерб репутации кредитора могут существенно превышать стоимость обремененных активов. Законодательство некоторых стран прямо освобождает обеспеченных кредиторов от ответственности, в то время как в законодательстве других стран такая ответственность ограничивается при определенных условиях (например, если обеспеченный кредитор не владел или не контролировал обремененные активы). В тех случаях, когда такого освобождения от ответственности или ограничения ответственности не предусмотрено, риск может оказаться чрезмерно большим и кредитор не предоставит кредит. Если может быть обеспечено страхование, такое страхование может существенно увеличить стоимость кредита для должника.

c) Поступления

i. Введение

30. Когда обремененные активы продаются, арендуются, лицензируются, обмениваются или иным образом отчуждаются в период времени, в течение которого обеспечиваемое ими обязательство не погашается, должник, как правило, получает в обмен за такие активы наличные средства, материальное имущество (например, товары или оборотные документы) или нематериальное имущество (например, дебиторскую задолженность или другие права). Такие наличные средства или другое материальное или нематериальное имущество во многих правовых системах называются "поступлениями" от обремененных активов. В некоторых случаях поступления от первоначальных обремененных активов могут генерировать другие поступления, когда должник отчуждает

первоначальные поступления в обмен на другое имущество. Такие поступления в некоторых случаях именуются "поступлениями от поступлений".

31. В других ситуациях обремененные активы могут генерировать другое имущество для должника даже без отчуждения этих активов. Такое имущество может включать, например, проценты или дивиденды по финансовым активам, детенышей животных и плоды или урожай. Имущество, генерируемое таким образом обремененными активами, в некоторых правовых системах называется "гражданскими приращениями" или "естественными приращениями".

32. В некоторых правовых системах гражданские или естественные приращения четко отграничиваются от поступлений, получаемых в результате отчуждения обремененных активов, и обусловливаются действием иных правил. Для обоснования этого подхода часто упоминаются трудности в идентификации поступлений и необходимость в защите прав третьих сторон в поступлениях. В других правовых системах не проводится различие между гражданскими и естественными приращениями и поступлениями от отчуждения, и на них распространяется действие одних и тех же правил. В число причин, упоминаемых для обоснования такого подхода, входят трудности в проведении разграничения между гражданскими и естественными приращениями и поступлениями, а также то обстоятельство, что и гражданские, и естественные приращения и поступления возникают из обремененных активов, занимают их место или могут повлиять на их стоимость.

33. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна решить два разных вопроса в отношении поступлений от отчуждения и гражданских или естественных приращений (в дальнейшем именуемых в совокупности "поступлениями", если не указано иное). Первый вопрос заключается в том, сохраняет ли обеспеченный кредитор обеспечительное право в том случае, если обремененный актив передается должником другому лицу в рамках сделки, генерирующей поступления (обсуждение этого вопроса см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт 67).

34. Второй вопрос касается прав обеспеченного кредитора в отношении поступлений. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна давать ясные ответы на некоторые ключевые вопросы, касающиеся прав обеспеченного кредитора в поступлениях (см. пункты 35–41).

ii. Существование обеспечительных прав в поступлениях

35. Обоснование права в поступлениях сопряжено с тем обстоятельством, что если обеспеченный кредитор не получает такого права, то его права в обремененных активах могут быть погашены или уменьшены в результате отчуждения таких активов, и его ожидания получить любой доход, генерируемый такими активами, не оправдаются. Если правовая система не допускает создания обеспечительного права в поступлениях после отчуждения обремененных активов, то она не будет надлежащим образом защищать обеспеченного кредитора от неисполнения обязательств, и таким образом ценность обремененных активов в качестве источника кредитования будет уменьшаться. Этот результат, который будет оказывать неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредита, будет таким же даже в том случае, если обеспечительные права в первоначальных обремененных активах сохранятся после их отчуждения какой-либо третьей стороне. Причина наступления такого результата сопряжена с возможностью того, что передача обремененных активов может еще больше затруднить определение местоположения активов и вступления во владение ими, увеличить издержки, связанные с принудительной реализацией, и уменьшить стоимость таких активов.

iii. Обстоятельства, при которых могут возникать права в поступлениях

36. Право в поступлениях обычно возникает тогда, когда обремененные активы отчуждаются, поскольку поступления заменяют первоначальные обремененные активы в качестве активов должника. В тех системах, в которых гражданские или естественные приращения рассматриваются как поступления, право в таких поступлениях может возникать даже в том случае, если не была заключена сделка в отношении данных обремененных активов (например, дивиденды, полученные от акций), поскольку это соответствует ожиданиям сторон.

iv. Личный и вещный характер прав в поступлениях

37. Если право обеспеченного кредитора в поступлениях является вещным правом, то такой обеспеченный кредитор не понесет убытков по причине заключения сделки или наступления иного события, поскольку вещное право влечет за собой последствия в отношении третьих сторон. С другой стороны, предоставление обеспеченному кредитору вещного права в поступлениях может привести к тому, что не оправдаются законные ожидания сторон, обладающих обеспечительными правами в данных поступлениях как в первоначальных обремененных активах. Тем не менее в правовых системах, в которых проводится разграничение между созданием прав и приоритетом прав, это будет происходить только в том случае, если кредитор, обладающий вещным правом в поступлениях, имеет приоритет по сравнению с кредиторами, которые обладают правом в поступлениях как в первоначальных обремененных активах, и такой приоритет определяется на основе момента регистрации уведомления о сделке в публичном реестре. Таким образом, в таких системах потенциальные поставщики финансовых средств заранее предупреждаются о возможном существовании обеспечительного права в активах их потенциального заемщика (включая поступления от таких активов) и могут предпринять необходимые шаги для идентификации и отслеживания поступлений и для заключения при необходимости субординационных соглашений между кредиторами.

v. Идентификация поступлений

38. Если имущество, представляющее собой поступления от обремененных активов, не содержится отдельно от других активов должника, то возникает вопрос о том, сохраняется ли обеспечительное право в таких поступлениях. Ответ на этот вопрос обычно зависит от того, можно ли идентифицировать имущество, представляющее собой поступления. Поступления в форме товаров, которые содержатся с другими активами должника, могут быть идентифицированы в качестве поступлений любым методом, который является достаточным для установления того, что товары представляют собой поступления. Когда товары, представляющие собой поступления, смешиваются с другими товарами таким образом, что их самостоятельная идентичность утрачивается в определенном продукте или массе (например, в результате переработки или производства, когда мука превращается в элемент хлебопекарных изделий), правовая система может предусматривать предоставление обеспечительного права в таком продукте или массе в качестве заменителя обеспечительного права в поступлениях.

39. Если имущество, представляющее собой поступления, является нематериальным (и не представляет собой товара), как, например, дебиторская задолженность или остатки средств на депозитных счетах, и не держится отдельно от других активов должника аналогичного характера, такое нематериальное имущество может быть идентифицировано в качестве поступлений, если его можно отследить до первоначальных обремененных активов на основе правил отслеживания. Примерами правил отслеживания являются: i) "первые поступления – первые изъятия" ("FIFO"), когда

предполагается, что первое имущество, которое стало элементом смешанной массы, является первым имуществом, изымаемым из такой массы; ii) "последнее поступление – первое изъятие" ("LIFO"), когда предполагается, что последнее имущество, которое стало элементом смешанной массы, является первым имуществом, изымаемым из такой массы; а также iii) "правила наименьшего промежуточного остатка" ("LIBR"), когда предполагается, в максимально возможной степени, что изъятия из смешанной массы не являются поступлениями от обремененных активов (в отношении приоритета в поступлениях см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 65–73).

vi. Основа прав в поступлениях

40. В некоторых правовых системах законодательство распространяет действие обеспечительных прав в обремененных активах на поступления и на поступления от поступлений с помощью субсидиарных норм, применимых в отсутствие соглашения об обратном. В других правовых системах такого статутного права в поступлениях не существует, однако стороны могут создавать обеспечение во всех видах активов. В таких системах стороны могут свободно предусматривать, например, что обеспечительное право создается практически во всех активах должника (наличные средства, инвентарные запасы, дебиторская задолженность, оборотные инструменты, ценные бумаги и права интеллектуальной собственности). Таким образом, сами поступления становятся первоначальными обремененными активами и на них распространяется обеспечительное право кредитора даже в отсутствие правовой нормы, автоматически предусматривающей право в поступлениях. В некоторых из этих правовых систем стороны могут по соглашению распространить определенные основанные на правовом титуле обеспечительные права (например, удержание правового титула) на поступления (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 36; см. также пункт 61 ниже).

vii. Поступления от поступлений

41. Если существует право в поступлениях от обремененных активов, то оно должно распространяться и на поступления от поступлений. Если обеспеченный кредитор утрачивает свое право в поступлениях после того, как они принимают другую форму, то данный обеспеченный кредитор будет подвергаться тем же кредитным рискам, какие возникли бы в случае отсутствия прав в поступлениях (см. пункт 35).

3. Соглашение об обеспечении

a) Функции

42. Соглашение об обеспечении может выполнять ряд функций, и, в частности, оно может i) обеспечивать юридическое обоснование предоставления обеспечительного права; ii) устанавливать связь между обеспечительным правом и обеспеченным требованием; iii) в целом регулировать взаимоотношения между должником или другим лицом, передающим право, и обеспеченным кредитором (в отношении прав, возникающих до неисполнения обязательств, см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; в отношении прав, возникающих после неисполнения обязательств, см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); а также iv) сводить к минимуму риск возникновения споров о его содержании и различных манипуляций после неисполнения обязательств. Хотя соглашение об обеспечении может быть отдельным соглашением, оно зачастую содержится в исходном финансовом контракте или другом аналогичном договоре (например, договоре купли–продаже товаров в кредит) между должником и кредитором.

b) Стороны

43. В большинстве случаев соглашение об обеспечении заключается между должником как лицом, передавшим обеспечительное право, и кредитором как обеспеченной стороной. В редких случаях, если третье лицо предоставляет обеспечение в интересах должника, то это лицо становится стороной такого соглашения вместо должника или вместе с должником. В случае предоставления несколькими кредиторами на коллективной основе крупных займов (особенно в случае синдицированных займов) третья сторона, действующая в качестве агента или доверительного собственника от имени таких кредиторов, может являться держателем обеспечительных прав от имени всех кредиторов. Соглашения об обеспечении могут быть разработаны таким образом, чтобы охватывать каждую из таких ситуаций. Хотя в некоторых системах устанавливаются ограничения (например, залог предприятия могут предоставлять только предприятия), в других системах сторонами соглашения об обеспечении могут выступать как физические, так и юридические лица.

c) Минимальное содержание

44. Правовые системы по-разному регулируют вопрос о требованиях в отношении действительности соглашения об обеспечении. Тем не менее в соглашении об обеспечении обычно должны быть указаны его стороны и должно содержаться разумное описание обеспечиваемого обязательства и обременяемых активов. Независимо от того, перечислены ли в законодательстве эти аспекты в качестве минимального содержания соглашения об обеспечении, их неурегулированность в соглашении об обеспечении может привести к возникновению споров относительно сферы охвата обремененных активов и обеспечиваемого обязательства, если только отсутствующие элементы не могут быть установлены с помощью других способов.

45. Стороны могут пояснить в соглашении об обеспечении дополнительные вопросы, например обязанность проявлять осмотрительность, возлагаемую на сторону, которая владеет обремененным активом, а также юридическое представительство в отношении обремененных активов. В отсутствие соглашения для уточнения взаимоотношений между сторонами могут применяться субсидиарные правила (вопросы, возникающие до неисполнения обязательств, см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; вопросы, возникающие после неисполнения обязательств, см. в документах A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

d) Формальные требования

46. Правовые системы по-разному регулируют вопрос о требованиях в отношении формы соглашений об обеспечении и их функции. В частности, некоторые правовые системы не требуют наличия письменного соглашения об обеспечении, тогда как другие правовые системы требуют простого письменного документа, подписанного письменного документа, нотариально заверенного письменного документа или же эквивалентного судебного или иного документа (например, в случае, когда речь идет о залоге предприятия). Письменная форма обычно выполняет функцию предупреждения, даваемого сторонам относительно правовых последствий их соглашения, удостоверение факта заключения соглашения и, в случае аутентифицированных документов, защиты третьих сторон от мошеннического датирования соглашения об обеспечении задним числом. Письменная форма может также быть условием действительности в отношениях между сторонами или по отношению к третьим сторонам или же приоритета среди конкурирующих заявителей требований. Она может быть также условием получения владения обремененными активами или применения

соглашения об обеспечении в случае принудительной реализации, принудительного исполнения или несостоятельности.

47. В некоторых правовых системах требуется удостоверение даты определенным публичным органом для посессорных обеспечительных прав, за исключением ссуд незначительного размера, в связи с которыми допускается доказывание даже с помощью показаний свидетелей. Хотя такое удостоверение даты может способствовать решению проблемы мошеннического датирования задним числом, оно может порождать определенную проблему в отношении времени и затрат, необходимых для совершения сделки. В других правовых системах удостоверение даты или засвидетельствование подлинности соглашения об обеспечении требуется в отношении различных видов непосессорного обеспечения (см., например, статьи 65, 70, 94 и 101 Закона ОУКПА). В некоторых из таких систем подобное удостоверение требуется вместо обеспечения публичности путем регистрации. Вместе с тем если регистрация является необходимой, то дополнительного удостоверения даты соглашения об обеспечении не требуется.

48. В интересах экономии времени и средств число императивных требований в отношении формы следует сохранить на минимальном уровне. Просто письменного документа (включая, например, общие условия или любой документ, воплощающий соответствующее обязательство) может быть вполне достаточно, если в нем четко указано намерение лица, передающего право, передать обеспечительное право. Соглашение может быть составлено в форме электронного сообщения данных (например, содержать "информацию, подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими", см. статью 2(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле), которое включает созданную и хранимую, но не переданную запись (см. пункт 30 Руководства по принятию типового закона). В противном случае этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с общими нормами права об обязательствах, а также сторонами соглашения об обеспечении.

49. В отношении обеспечения во всех активах должника или в тех случаях, когда соглашение об обеспечении может служить достаточным правовым титулом для принудительного исполнения (см. пункт 46), может потребоваться более формальный документ. Альтернативным решением в подобных случаях может быть отсутствие требования письменной формы, однако на обеспеченного кредитора будет возлагаться бремя установления содержания и даты соглашения об обеспечении.

e) Вступление в силу

50. В некоторых странах, в которых вещными правами являются только те права, которые могут быть заявлены по отношению ко всем лицам, в полной мере действительные обеспечительные права возникают только в момент заключения соглашения об обеспечении и совершения определенного дополнительного акта (передача во владение, уведомление, регистрация или контроль; см. пункт 57).

51. В других странах проводится разграничение между последствиями в отношениях между сторонами соглашения об обеспечении и последствиями в отношении третьих сторон. В этих странах обеспечение возникает в момент заключения соглашения об обеспечении, однако только в отношениях между договаривающимися сторонами. Для того чтобы обеспечение стало действительным в отношении третьих сторон, требуется дополнительный акт, который служит основой для определения приоритета. Основное преимущество

такого подхода заключается в том, что введение понятия приоритета позволяет должнику предоставлять одни и те же активы в качестве обеспечения более чем одному кредитору (в пределах общей стоимости активов), а также позволяет осуществить ранжирование нескольких кредиторов (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 8, и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты 7–14).

4. Вещно–правовые требования

a) Право собственности, ограниченное право собственности, право распоряжения

52. В большинстве правовых систем предоставляющее обеспечение лицо (которым обычно является должник, но может быть также любое третье лицо), должно быть собственником обременяемых активов или иметь определенное ограниченное вещное право в активах (см. пункт 14). В других правовых системах вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, имело право распоряжения активами (но не право собственности). В отношении будущих активов вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, стало собственником или получило право распоряжения в какой-либо момент в будущем (см. пункты 16–18).

53. Если лицо, предоставляющее обеспечение, не обладает правом собственности или правом распоряжения активами, то возникает вопрос о том, может ли обеспеченный кредитор, тем не менее, добросовестно получить обеспечительное право. В некоторых правовых системах кредитор приобретает обеспечительное право в том случае, если его уверенность в том, что лицо, предоставляющее обеспечение, обладает правом собственности, ограниченным правом собственности или правом распоряжения активами, подкрепляется объективными критериями (например, лицо, предоставляющее обеспечение, зарегистрировано в качестве собственника обременяемых активов или удерживает их и передает владение ими кредитору). В других странах дополнительным элементом является предоставление кредитором или намерение кредитора предоставить кредит должнику.

b) Договорные ограничения права распоряжения

54. В некоторых странах устанавливаются ограничения в отношении права распоряжения для того, чтобы защитить интересы той стороны, в пользу которой согласовывается такое ограничение. В других странах не предусмотрены какие-либо последствия или же предусмотрены лишь ограниченные последствия договорных ограничений права распоряжения, с тем чтобы сохранить свободу лица, передавшего обеспечение, распоряжаться активами, в частности, в том случае, если лицо, приобретающее какое-либо право в активе, не знает о существовании договорного ограничения.

55. В Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке используется аналогичный подход для обеспечения возможности передачи дебиторской задолженности, что соответствует интересам экономики в целом. В соответствии с пунктом 1 статьи 9 Конвенции уступка имеет силу, независимо от какого-либо договорного ограничения на уступку, согласованного между цедентом ("должник" по терминологии Руководства) и должником ("должник по счетам" по терминологии Руководства). Тем не менее последствия этого положения ограничиваются в двух отношениях. Во-первых, его применение ограничивается торговой дебиторской задолженностью, которая определяется широко (см. пункт 3 статьи 9); а, во-вторых, если такое договорное ограничение является действительным в соответствии с нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции, статья 9 не отменяет такое ограничение в отношениях между цедентом и должником (пункт 2 статьи 9). Должник вправе свободно требовать от цедента возмещения ущерба за нарушение договора, если

такое требование существует в соответствии с нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции, однако не может предъявлять это требование цессионарию в порядке зачета (пункт 3 статьи 18). Кроме того, простая осведомленность цедента ("обеспеченный кредитор" по терминологии Руководства) о существовании такого ограничения не является достаточным основанием для расторжения договора, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность (см. пункт 2 статьи 9).

56. Использование этого подхода способствует сделкам по финансированию дебиторской задолженности, поскольку он освобождает цедента (т.е. обеспеченного кредитора) от бремени изучения договоров, из которых вытекает дебиторская задолженность, с тем чтобы убедиться в том, была ли запрещена или обусловлена передача дебиторской задолженности. В противном случае заимодатели должны будут изучать, вероятно, огромное количество договоров, что может быть дорогостоящим или даже невозможным (например, в случае будущей дебиторской задолженности).

c) Передача владения, контроль, уведомление, регистрация

57. В некоторых странах помимо соглашения об обеспечении для создания обеспечительного права требуются определенные другие акты (передача во владение, контроль, уведомление и регистрация). В других странах соглашение об обеспечении является достаточным для создания обеспечительного права в отношениях между лицом, предоставляющим обеспечение, и обеспеченным кредитором, в то время как для действительности обеспечительного права по отношению к третьим сторонам требуется определенный дополнительный акт. Требования в отношении конкретных актов являются разными в каждой стране и даже в пределах отдельных стран в зависимости от вида обеспечительного права, о котором идет речь (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 и 3).

5. Обеспечительные инструменты, основанные на правовом титуле

58. Для целей обеспечения могут быть использованы определенные соглашения, касающиеся правового титула. К таким инструментам относятся сохранение правового титула, передача правового титула для целей обеспечения, уступка для целей обеспечения, а также продажа и перепродажа, продажа и обратная аренда, аренда с последующим выкупом и финансовые лизинговые сделки.

59. В странах, в которых имеется всеобъемлющее законодательство по вопросам обеспечительных сделок, основанные на правовом титуле инструменты, которые используются для целей обеспечения, как правило, создаются таким же образом, как и любое другое обеспечительное право (они либо заменяются унифицированным понятием обеспечительного права, либо, в случае сохранения различных условий таких инструментов, их создание и последствия регулируются в соответствии с правовыми нормами, применимыми в отношении обеспечительных прав). В некоторых таких правовых системах, исходя из важности поставщиков товаров и материалов для экономики, принято политическое решение предоставить им особый приоритетный статус (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункт 22). Такое право может быть предоставлено любому лицу, финансирующему приобретение товара, независимо от того, является ли он поставщиком или финансовым учреждением. Подобный подход основан на необходимости содействовать конкуренции между поставщиками товаров в кредит и финансовыми учреждениями с учетом благоприятного воздействия такой конкуренции на наличие и стоимость кредита (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт 29).

60. В других правовых системах инструменты, основанные на правовом титуле, по существу являются единственными или основными непосессорными

обеспечительными правами и подпадают под действие различных норм статутного и прецедентного права. Между такими правовыми системами существуют значительные различия по целому ряду аспектов. В некоторых системах особый режим распространяется только на удержание правового титула, в то время как передача правового титула в товарах и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения регулируются теми же нормами, которые применяются в отношении создания обеспечительных прав.

a) Сохранение правового титула

61. Правовые системы, в которых инструменты, основанные на правовом титуле, рассматриваются в качестве необеспечительных инструментов, придерживаются разнообразных подходов по вопросам, касающимся требований в отношении создания обеспечения и экономического значения, которое придается удержанию правового титула. В некоторых системах удержание правового титула широко используется и является действительным в отношении всех сторон, в то время как в других системах оно не имеет существенного значения и является недействительным в целом или по меньшей мере в отношении управляющего в деле о несостоятельности покупателя. Одним из вопросов, по которому многие правовые системы придерживаются одинакового подхода, является то, что преимущественно простое удержание правового титула рассматривается в качестве инструмента, основанного непосредственно на правовом титуле, в то время как все положения о суммах, положения об удержании правового титула в поступлениях и продуктах рассматриваются в качестве подлинно обеспечительных инструментов (о различных видах положений об удержании правового титула см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты 36 и 37). Другим вопросом, по которому многие правовые системы, в которых удержание правового титула рассматривается в качестве инструмента, основанного непосредственно на правовом титуле, придерживаются одинакового подхода, является то, что только продавец может удерживать правовой титул, в то время как другой кредитор может получить удержанный правовой титул только в том случае, если ему будет уступлен невыплаченный остаток покупной цены. Страны, которые придерживаются такого подхода, стремятся защитить поставщиков товаров в кредит от конкуренции со стороны учреждений, финансирующих приобретение товаров, исходя из важности поставщиков товаров (изготовителей и оптовых торговцев) для экономики, а также господствующего положения финансовых учреждений на рынках кредита.

62. В некоторых правовых системах удержание правового титула вытекает из положения соглашения купли–продажи, которое может быть заключено даже устно или путем ссылки на печатные общие условия. В других системах может требоваться письменная форма, определенная дата или даже регистрация. В некоторых системах, если товары, являющиеся предметом удержания правового титула, смешиваются с другими товарами, такое удержание правового титула прекращается, в то время как в ряде других систем удержание правового титула сохраняется до тех пор, пока во владении покупателя находятся аналогичные или эквивалентные товары. В некоторых системах удержание правового титула сохраняется, даже если товары перерабатываются в новый продукт или же поступления смешиваются с другими активами, в то время как в других системах удержание правового титула не может быть перенесено на новые продукты или смешанные поступления. В ряде систем новый покупатель может приобрести право собственности на товар, если первоначальный покупатель имеет право перепродавать товар, в то время как в других системах новый покупатель может приобрести право собственности, даже если первоначальный покупатель не обладает правом перепродажи товара, однако это происходит только в том случае, если новому покупателю фактически неизвестно об удержании правового титула первоначальным продавцом. В отдельных системах

суды признают, что покупатель получает надежду на приобретение права собственности, что рассматривается в качестве эквивалента права собственности. Таким образом, покупатель имеет право перепродавать товар или предоставлять обеспечительное право в товаре (надежда покупателя на приобретение права собственности является элементом конкурсной массы в деле о несостоятельности покупателя).

b) Передача правового титула и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения

63. В правовых системах используется различная терминология и предусмотрены различные требования в отношении создания и последствий фидуциарной передачи правового титула для целей обеспечения. В некоторых правовых системах обеспечительная передача правового титула является недействительной в отношении третьих сторон и даже в отношениях между цедентом и цессионарием. В других правовых системах, хотя обеспечительная передача правового титула является действительной, она широко не используется, поскольку существуют другие непосессорные обеспечительные права. Во многих правовых системах, в которых признается обеспечительная передача правового титула, создание и последствия соответствующих прав или по меньшей мере их основные последствия регулируются теми же правовыми нормами, которые применяются в отношении обеспечительных сделок в целом или по меньшей мере в случае несостоятельности цедента. В некоторых таких системах требуется регистрация, для того чтобы обеспечительная передача правового титула являлась действительной в целом или по меньшей мере в отношении третьих сторон.

64. В отношении уступки дебиторской задолженности, которая получила широкое распространение, отмечается тенденция к регулированию такой уступки в соответствии с аналогичными положениями, независимо от того, предусматривает ли она прямую передачу, прямую передачу для целей обеспечения или обеспечительную передачу. Эта тенденция отражена в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. статью 2). Тем не менее правовые системы предусматривают различные требования в отношении действительности уступки. Некоторые правовые системы содержат требование о наличии письменной формы или уведомлении должника по счетам. Другие правовые системы содержат требование о наличии письменной формы для обеспечения действительности в отношениях между цедентом и цессионарием и требование о регистрации для обеспечения действительности в отношении третьих сторон. Правовые системы придерживаются также различного подхода по вопросу о действительности уступки будущей дебиторской задолженности и конкретно необозначенной дебиторской задолженности, а также по вопросу о действительности уступки, совершенной несмотря на запрещающие уступку положения в договорах, из которых вытекает уступаемая дебиторская задолженность. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке признает действительность всех таких видов уступок (см. статьи 8–10).

c) Договорные механизмы с обеспечительной функцией

65. Сделки по продаже и перепродаже, продаже и обратной аренде, аренде–покупке и финансовому лизингу довольно часто выполняют обеспечительные функции. В некоторых правовых системах они рассматриваются в качестве обеспечительных инструментов, в то время как в других правовых системах их рассматривают в качестве договорных механизмов, создающих личные права. В тех правовых системах, которые рассматривают такие сделки в качестве необеспечительных инструментов, требования в отношении их создания и действительности существенно различаются.

B. Резюме и рекомендации

66. Следует предусмотреть возможность обеспечения всех видов обязательств, в том числе будущих обязательств и обязательств с изменяющейся суммой. Следует также предусмотреть возможность создания обеспечения во всех видах активов, в том числе в постоянных принадлежностях и приращенных активах, а также в активах, которые могут не находиться в собственности должника или которыми он не имеет права распоряжаться, или же которые не существуют в момент создания обеспечительного права, а также в поступлениях от обремененных активов. Любые исключения из таких правил должны быть ограниченными и должны быть четко изложены в законодательстве об обеспечительных сделках.

67. Соглашение об обеспечении, создающее непосессорное обеспечительное право, должно быть заключено в письменной форме. Письменная форма должна включать сообщение данных и содержать четкое указание на намерение лица, передающего право, предоставить обеспечительное право. В ней должны идентифицироваться стороны и содержаться разумные обозначения обеспеченного обязательства и обремененных активов (однако она не должна содержать требование о конкретном обозначении каждого обременяемого актива). Не следует требовать наличия письменной формы, если речь идет о посессорных обеспечительных правах. Когда не требуется соблюдения формальностей, обеспеченный кредитор должен нести бремя доказывания в отношении как условий соглашения об обеспечении, так и даты создания обеспечения.

68. Соглашение между обеспеченным кредитором и лицом, передающим право, и передача владения обремененным активом обеспеченному кредитору или согласованной третьей стороне являются обязательными условиями создания посессорного обеспечительного права.

69. Соглашение должно быть достаточным для создания непосессорного обеспечительного права в отношениях между лицом, передающим право, и обеспеченным кредитором. Для обеспечения действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон может потребоваться дополнительный акт.

[*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть рекомендации в отношении обеспечения, основанного на правовом титуле*.]

VI. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В ОБЛАСТИ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК

A. Возможная будущая работа в области публичных закупок (Пункт 9 предварительной повестки дня)

(A/CN.9/553) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–7
II.	История подготовки и цель Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг	8–9
III.	Применение электронной связи и электронных технологий для целей закупок	10–16
	A. Публикация информации о возможностях заключения договоров	17–20
	B. Публикация законов и нормативных актов, регулирующих договоры о закупках	21
	C. Публикация тендерной документации и смежной информации	22
	D. Публикация решений о заключении договоров	23
	E. Использование электронных средств связи в процессе закупок	24–29
	F. Электронные (реверсивные) аукционы	30–38
	G. Электронные каталоги	39
	H. Выводы и рекомендации в отношении использования электронных средств связи при осуществлении закупок	40
IV.	Возможные дополнительные вопросы для рассмотрения в Типовом законе ЮНСИТРАЛ	41–44
	A. Использование списков поставщиков	45–56
	B. Закупки услуг	57–60
	C. Альтернативные методы закупок	61–62
	D. Участие общин в закупках	63–67
	E. Рамочные соглашения	68–75
	F. Оценка и сопоставление тендерных заявок	76–79
	G. Средства правовой защиты и принудительное исполнение	80–82
V.	Другие вопросы для рассмотрения	83–84
VI.	Выводы и рекомендации	85–86

I. Введение

1. В 1981 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) на своей сороковой сессии постановила, что для дальнейшего укрепления координационной роли Комиссии Секретариату следует выбирать через соответствующий период времени определенную область для рассмотрения и представлять доклад с уделением особого внимания, в частности, деятельности уже проделанной в этой области с указанием тем, в которых может быть обеспечена унификация и модернизация права[1].

2. Секретариат выбрал для такого обсуждения Комиссией право в области закупок товаров (работ) и услуг. Соответственно Секретариат представил две записки по вопросу публичных закупок на рассмотрение Комиссии на ее тридцать шестой сессии, проходившей в Вене с 30 июня по 11 июля 2003 года (документы A/CN.9/539 и A/CN.9/539 и Add.1). В этих записках описывалась текущая деятельность других организаций в области публичных закупок, а также была представлена информация о практическом опыте в области осуществления. Записки должны были стать отправным моментом для формулирования предложений относительно методов рассмотрения соответствующих вопросов с целью их обсуждения Рабочей группой на ее сессии, которую можно было бы созвать в третьем квартале 2004 года, при том условии, что Комиссия даст согласие на это на своей тридцать седьмой сессии.

3. В своем докладе о работе тридцать шестой сессии Комиссия выразила активную поддержку предложению о включении вопроса о правовом регулировании закупок в программу работы Комиссии, в частности, с тем чтобы обеспечить возможность для рассмотрения новых проблем и видов практики, которые появились после принятия в 1994 году Типового закона ЮНСИТРАЛ[2].

4. В связи с этим Комиссия просила Секретариат подготовить подробные исследования по вопросам публичных закупок, указанным в представленных ей записках[3].

5. Комиссия отметила также, что ее работа могла бы также включать выработку рекомендаций по наилучшим видам практики, разработку типовых договорных положений и других видов практических рекомендаций в дополнение к рекомендациям для законодательных органов или в качестве альтернативы им. Комиссия отметила далее, что в исследованиях и предложениях Секретариата необходимо учесть тот факт, что в некоторых странах публичные закупки регулируются не законодательством, а внутренними директивами министерств и правительственных учреждений[4].

6. Работа Секретариата впоследствии проводилась в тесном сотрудничестве с другими организациями, располагающими знаниями и опытом в этой области, например Всемирным банком, и в ходе этой работы проводились консультации с экспертами в этой области. В исследованиях Секретариата по вопросам, касающимся публичных закупок, в соответствии с просьбой Комиссии были учтены также переговоры, проводимые под эгидой Всемирной торговой организации и других международных и региональных организаций.

7. Настоящая записка Секретариата содержит резюме проведенных исследований, а также представляется в дополнение к запискам A/CN.9/539 и

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17* (документ A/36/17), пункт 100.

[2] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (документ A/58/17), пункт 229.

[3] Там же, пункт 230.

[4] Там же.

A/CN.9/539/Add.1 и с тем, чтобы оказать помощь Комиссии в обсуждении методов рассмотрения вопросов, возникающих в этой области.

II. История подготовки и цель Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг

8. Как отмечается в пункте 2 записки A/CN.9/539 Секретариата "Типовой закон ЮНСИТРАЛ и соответствующее Руководство по принятию[5] призваны служить моделью для государств при оценке и модернизации их законодательства и практики в области закупок и при разработке законодательства о закупках, если его ранее не существовало. Кроме того, Типовой закон ЮНСИТРАЛ содержит процедуры, направленные на обеспечение развития конкуренции, транспарентности, честности, экономичности и эффективности процесса закупок, и стал важной вехой на пути реформирования законодательства о закупках. Законы, основой и главным стимулом для разработки которых послужил Типовой закон ЮНСИТРАЛ, были приняты более чем 30 государствами в различных районах мира, а в результате применения этого закона было в широких масштабах осуществлено согласование правил и процедур, касающихся закупок".

9. Тем не менее, как ранее сообщалось Комиссии, опыт реформирования законодательства на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также новые вопросы и виды практики, возникшие в ходе его практического применения, могут оправдать усилия, направленные на анализ некоторых вопросов, рассматриваемых в его тексте. Так, например, более широкое использование электронной торговли для публичных закупок, в том числе основанных на применении Интернета методов, могут дополнительно содействовать достижению целей правового регулирования закупок. Кроме того, деятельность отдельных международных и региональных организаций в области правительственных закупок отражает повышение роли правового регулирования закупок в развитии национальной экономики и региональной и межрегиональной интеграции. Она свидетельствует также о необходимости применения согласованных современных моделей и координации усилий международных органов, занимающихся вопросами закупок.

III. Применение электронной связи и электронных технологий для целей закупок

10. В течение последних десяти лет характер операции по осуществлению закупок существенно изменился под воздействием двух основных достижений в области технологии: во-первых, широкое распространение получило использование электронных средств связи и, во-вторых, некоторые государства в настоящее время осуществляют часть своих операций по закупкам электронным способом (т.е. торги или другие процедуры заключения контрактов проводятся в интерактивном режиме с использованием собственной системы или через Интернет). Осуществление закупок с помощью электронных средств быстро расширяется, и этому вопросу уделяется все большее внимание во внутреннем законодательстве, а также в рамках Всемирной торговой организации (ВТО) и Европейского союза.

11. Тем не менее, хотя последние документы международных кредитных учреждений, в которых рассматриваются стандарты для оценки национальных

[5] Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (документ A/CN.9/403).

систем закупок, призывают использовать электронные средства, они не содержат принципов в отношении регулирования таких закупок. Секретариату были представлены конкретные замечания и предложения, в которых рассматриваются методы приведения Типового закона ЮНСИТРАЛ в соответствие с потребностями электронных процедур закупок. Поэтому Комиссия может рассмотреть вопрос о целесообразности разработки – помимо решения ряда ключевых вопросов, касающихся электронных процедур закупок, – руководящих принципов в отношении методов осуществления закупок электронным способом.

12. Секретариат рассматривает соответствующие вопросы с точки зрения возможных методов их решения в рамках существующих положений Типового закона ЮНСИТРАЛ или же, если потребуется дополнительное положение, с точки зрения целей существующих положений Типового закона. Регулирование многих видов электронной практики закупок можно обеспечить на основе толкования действующих законов и правил, однако по-прежнему существует ряд нежелательных препятствий на пути расширения использования методов электронной торговли в области закупок[6].

13. Электронные средства связи используются закупающими организациями для поддержания связи с поставщиками, с населением и публичными органами, а также в рамках внутренних правительственных административных процедур. Они могут применяться на всех этапах закупочного цикла: т.е. на этапе планирования, в ходе самого процесса закупок при размещении объявлений и передачи документов и информации, например спецификаций и приглашений для участия в торгах, и в ходе самой процедуры торгов. Они применяются также на протяжении всего административного процесса исполнения окончательного договора, от размещения заказов до обработки платежных документов.

14. Потенциальными преимуществами методов электронной торговли являются повышение эффективности использования финансовых средств в результате оказания давления на цены, поскольку удается привлечь более значительное число потенциальных поставщиков, и в некоторых случаях в результате содействия стандартизации. К числу преимуществ относятся также повышение эффективности деятельности в результате снижения затрат на заключение и исполнение сделки (например, расходов на обработку бумажной документации), экономии средств благодаря ускорению процесса обмена сообщениями и улучшения доступа к информации о поставщиках и контрактной документации, а также более четкое соблюдение соответствующих принципов и правил, в том числе благодаря совершенствованию контроля.

15. Способность отдельных государств воспользоваться преимуществами электронных закупок зависит от целого ряда различных факторов, включая наличие доступа к надежным и недорогостоящим системам электроснабжения и телесвязи и использование соответствующего компьютерного оборудования и программного обеспечения, наличие адекватного общего законодательства по вопросам электронной торговли, степень стандартизации и имеющиеся людские ресурсы. Поскольку публичные закупки регулируются не только законодательством, но также внутренними директивами министерств и правительственных учреждений, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в разработке более подробных положений для включения в национальное законодательство принимающих

[6] Некоторые такие препятствия связаны с процедурами электронных закупок и их не удается полностью устранить в результате применения единообразного законодательства, в частности Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год) и Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год) (документ A/56/17 и Corr.3, приложение II; см. также резолюцию 56/80 Генеральной Ассамблеи, приложение), которые основаны на принципе функционального эквивалента электронных и бумажных сообщений.

Типовой закон государств, с тем чтобы обеспечить надлежащий уровень регулирования, и следует ли разъяснить соответствующие принципы в Руководстве по принятию, дополняющем Типовой закон ЮНСИТРАЛ.

16. В последующих разделах настоящей записки секретариат рассматривает некоторые вопросы, возникающие в результате расширения использования электронных средств связи в процессе закупок.

A. Публикация информации о возможностях заключения договоров

17. Цели Типового закона ЮНСИТРАЛ могут быть наилучшим образом достигнуты, если будет обеспечена публикация информации о возможностях на максимально широкой основе по разумной цене, и поэтому возникает вопрос о том, будет ли способствовать достижению таких целей требование в отношении публикации информации о возможностях электронным способом в дополнение к использованию или вместо использования более традиционных средств.

18. Согласно данным, которые были представлены Секретариату, электронная публикация оказывается наиболее эффективной в том случае, если она носит обязательный характер (т.е. если не разрешается в дополнение осуществлять публикацию информации на бумаге). Тем не менее существенные преимущества могут быть обеспечены даже в том случае, если электронные средства можно использовать на факультативной основе. Кроме того, любые дополнительные преимущества обязательного режима использования электронных средств могут перевешиваться дополнительными затратами, особенно на начальных этапах внедрения электронных систем. Поэтому Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли (с учетом текущих условий в различных государствах) потребность в разработке законодательных норм, касающихся обязательного или факультативного использования электронных средств публикаций (а также смежный вопрос о том, является ли разработка таких норм приемлемой, если они будут ограничивать доступ к соответствующей информации).

19. В статье 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ содержится требование о том, что участие в закупках должно быть объявлено путем публикации в издании, которое указывается государством, принимающим типовой закон, при принятии Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также (при международных закупках) в "газете" или "соответствующем специализированном издании или техническом или профессиональном журнале", имеющем широкое международное распространение. Это положение предусматривает использование бумажных средств публикации. Другие режимы закупок предусматривают иные требования в отношении публикации: один региональный орган, например, издает информацию о соответствующих возможностях только в электронной форме, в то время как другие органы разрешают использовать любые средства, которые удовлетворяют требованиям в отношении доступа.

20. В тех случаях, когда это возможно в соответствующем государстве, требование об электронной публикации может быть предусмотрено даже в качестве дополнения к бумажным средствам, если считается, что это позволит обеспечить более широкую публикацию при ограниченных расходах. Аналогичным образом при помощи электронных средств можно обеспечить более значительный объем информации, поскольку соответствующие расходы, как ожидается, будут ниже расходов на использование традиционных бумажных средств. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в Типовой закон ЮНСИТРАЛ или в дополняющее его Руководство по принятию руководящих принципов для законодательных органов (в частности) по таким вопросам, как применение гибкого подхода, кто должен принимать

решение о методах публикации, следует ли обосновывать необходимость использования электронных средств, на каких основаниях могут приниматься такие решения и кто должен нести ответственность за упущение.

B. Публикация законов и нормативных актов, регулирующих договоры о закупках

21. В статье 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривается, что "общественности незамедлительно предоставляется и систематически обеспечивается доступ к подзаконным актам, административным постановлениям и положениям общего характера". Сфера охвата этой статьи является достаточно широкой, с тем чтобы охватить публикацию любым способом, в том числе с использованием электронных или других средств, однако четкое положение, разрешающее или требующее использовать электронную публикацию, может быть сочтено желательным. Кроме того, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в разработке законодательной нормы в этой области, учитывая ограниченные расходы на электронную публикацию информации, и следует ли публиковать с использованием электронных или любых имеющихся средств соответствующую информацию, которая представляет интерес для потенциальных поставщиков (например, информацию о внутренних общих или руководящих принципах), но которую в настоящее время не требуется публиковать. Указанные в предыдущем пункте вопросы имеют также отношение к вопросу о публикации соответствующих законов и подзаконных актов.

C. Публикация тендерной документации и смежной информации

22. В статье 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ рассматривается вопрос о том, какая информация подлежит включению в тендерную документацию. В этой статье не содержится конкретной ссылки на информацию относительно использования электронных средств, однако статья 27(z) разрешает закупающей организации включать любые другие требования, установленные закупающей организацией в отношении процедур закупок, и такая информация об использовании электронных средств связи и проведении торгов может быть включена. В Руководстве по принятию указывается, что государства, возможно, пожелают принять дополнительные подзаконные акты по этим вопросам.

D. Публикация решений о заключении договоров

23. Статья 14 Типового закона обязывает закупающие организации публиковать уведомления о решениях о заключении договоров, если цена договора превышает уровень, указанный принимающим типовой закон государством, и в соответствующих подзаконных актах может быть предусмотрен определенный порядок публикации. Эта статья также имеет достаточно широкую сферу охвата и позволяет предусмотреть любой порядок публикации, будь то с использованием электронных или других средств, однако четкое положение, разрешающее или требующее электронную публикацию, может быть сочтено желательным, принимая во внимание вопросы, поднятые в пункте 20 выше.

E. Использование электронных средств связи в процессе закупок

24. Электронные средства связи могут использоваться на протяжении всей процедуры закупок для распространения, в частности, тендерной документации и приглашений к участию в торгах, а также для представления предквалификационной информации, тендерных заявок и предложений. Соответствующие преимущества связаны с сокращением расходов на обработку документации, ускорением процесса обмена сообщениями, потенциальными возможностями для ограничения коррупции и злоупотреблений (в результате сокращения прямых контактов между должностными лицами и поставщиками, а также обеспечения более анонимного характера тендерных заявок) и с обеспечением более надежной связи для неместных поставщиков в тех государствах, в которых почтовая связь является ненадежной. Такие преимущества могут способствовать повышению конкуренции, например, если они будут способствовать расширению участия неместных фирм.

25. Статья 9(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ содержит требование о том, что сообщения должны представляться в такой форме, которая обеспечивает запись содержания сообщения (или, в качестве альтернативы для большинства сообщений, они должны подтверждаться в такой форме, которая обеспечивает запись), и таким образом не исключает использования электронных средств связи.

26. Возможность представления электронных тендерных заявок также не исключается в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ, поскольку в пункте 5(b) статьи 30 прямо предусматривается, что "тендерная заявка может [...] представляться в любой [...] указанной в тендерной документации форме, которая обеспечивает запись содержания такой тендерной заявки и обеспечивает по крайней мере ту же степень подлинности, надежности и конфиденциальности". Помимо положений, касающихся требований в отношении обеспечения записи содержания в статье 9(1), как это указано выше, типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает каких-либо четких ограничений в отношении использования электронных средств за исключением использования таких средств для представления тендерных заявок в рамках формальных процедур торгов. Не существует, например, требования в отношении обеспечения конфиденциального характера информации, содержащейся в документах, представляемых поставщиками, на уровне, эквивалентном возможному уровню конфиденциальности бумажных документов. Поэтому, возможно, целесообразно и даже необходимо, чтобы положения, подобные статье 30, сопровождались определенными подробными положениями, касающимися аутентичности, безопасности и конфиденциальности, с тем чтобы обеспечить такую же степень уверенности поставщиков и общественности в электронных процедурах, как и в процедурах, основанных на использовании бумажных документов, и с тем чтобы обеспечить, например, сохранение конфиденциального характера тендерных заявок на протяжении процедуры торгов.

27. К числу других смежных вопросов для рассмотрения относятся вопросы о средствах и механизмах связи, которые обеспечат сохранение целостности данных, позволят организациям устанавливать момент получения документов, когда момент получения имеет существенное значение для применения правил процесса закупок, а также обеспечат положение, при котором закупающая организация или другие лица не будут иметь доступа к тендерным заявкам и другим существенным документам до наступления соответствующих предельных сроков.

28. Типовой закон ЮНСИТРАЛ в настоящее время не разрешает закупающим организациям устанавливать требование относительно использования поставщиками электронных средств (статьи 9 и 30). Один из основных вопросов, который нуждается в рассмотрении, состоит в том, должно ли использование электронных средств связи являться обязательным или факультативным: иными словами, может ли закупающая организация и/или поставщики или потенциальные поставщики настаивать на использовании электронных средств или же средств связи, основанных на использовании бумажных документов. Комиссия, возможно, пожелает при рассмотрении данного вопроса применить принцип, в соответствии с которым требуемые средства связи не должны необоснованно ограничивать доступ.

29. В связи с этим можно было бы рассмотреть другие вопросы, упомянутые в пункте 18 выше и касающиеся преимуществ и недостатков обязательного режима электронных средств связи. Следует отметить, что положения, касающиеся аутентичности, безопасности и конфиденциальности (например, если требуются электронные подписи), могут быть сопряжены со значительными расходами для сторон. Кроме того, важным соображением является наличие в соответствующем государстве общей правовой среды, которая обеспечивает надлежащие условия для использования электронных средств. Так, например, законодательство о приемлемости доказательств или формальных условиях (например, о подписях) для определенных видов договоров может содержать ссылку только на неэлектронные документы, или же законодательство по таким вопросам, как момент и место представления оферты и акцепта при заключении договора с помощью электронных средств, может не содержать достаточно четких положений. Некоторые из этих вопросов рассматриваются в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях.

F. Электронные (реверсивные) аукционы

30. "Реверсивные электронные аукционы" являются одним из новых набирающих популярность процессов торгов. Реверсивный аукцион представляет собой процедуру торгов для закупки товаров, работ или услуг, в рамках которой поставщики получают информацию о других тендерных заявках и могут в любое время изменять свои собственные тендерные заявки, конкурируя с другими участниками торгов, обычно не имея возможности идентифицировать других поставщиков. В ходе электронного реверсивного аукциона поставщики размещают тендерные заявки электронным способом на сайте аукциона, обычно в Интернет (который используется гораздо шире, чем индивидуальные системы поставщиков), используя информацию о ранжировании заявок или сумме, необходимой для того, чтобы побить оферты других поставщиков. Поставщики могут в электронной форме следить за ходом торгов в рамках аукциона и соответствующим образом изменять свои собственные тендерные заявки. Аукцион может проводиться в течение определенного периода времени или же может быть открытым до истечения определенного срока без подачи какой-либо новой тендерной заявки.

31. Реверсивные аукционы наиболее часто используются для стандартных товаров и услуг, для которых цены являются единственным или по меньшей мере ключевым критерием при заключении контракта, поскольку в "аукционном" процессе, как правило, фигурирует только цена. Тем не менее некоторые другие критерии могут быть использованы и могут учитываться на этапе проведения аукциона или же оцениваться в рамках отдельного этапа общей процедуры.

32. Признание факта использования и возможности использования аукционов, а также их позитивного воздействия на конкуренцию побудило некоторые государства и международные организации разработать режимы регулирования или руководящие принципы в отношении этого метода (т.е. они непосредственно рассматривают данный метод). Тем не менее во многих других государствах такого рода положений не существует.

33. Уже отмечалось, что транспарентность может быть повышена, если участники получат доступ к информации о других тендерных заявках и о результатах соответствующей процедуры (более подробно см. пункт 23 в разделе, озаглавленном "Публикация решений о заключении договоров", выше).

34. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ не содержится четкого положения об использовании реверсивных электронных аукционов. Хотя некоторые аспекты этого процесса могут охватываться существующими положениями, другие аспекты могут остаться неохваченными. Так, например, в тех случаях, когда неценовые критерии, например качество, оцениваются отдельно до начала аукциона, благодаря использованию специального программного обеспечения для аукционов ценовые и неценовые критерии затем совмещаются с информацией, представляемой в ходе аукциона, с тем чтобы в любой момент обеспечить информацию об общем текущем положении каждого поставщика. Таким образом, вся процедура состоит из двух этапов, и в ходе первого этапа покупатель оценивает соответствующие неценовые аспекты, а в ходе второго этапа проводится аукцион, в рамках которого ценовые и неценовые аспекты объединяются для получения общего рейтинга.

35. Уже отмечалось, что общая процедура торгов согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ, "открытые торги", предусматривает одноэтапную процедуру торгов и не совместима с вышеуказанными процедурами. Кроме того, практика представления тендерных заявок в письменном виде в запечатанном конверте не совместима с практикой проведения аукционов. Что касается оценки и сопоставления тендерных заявок, то в пункте 1(a) статьи 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ содержится положение, запрещающее изменять цену после представления тендерной заявки, а в соответствии с пунктом 8 статьи 34 запрещается раскрывать информацию о тендерных заявках, и, таким образом, оба эти положения являются препятствием для проведения реверсивных электронных аукционов.

36. Поэтому Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в регулировании электронных аукционов как разновидности традиционных методов закупок или же в качестве отдельного метода. Ранее уже указывалось, что если такие аукционы будут рассматриваться в качестве одного из вариантов традиционных методов проведения торгов, то это потребует введения дополнительных правил для регламентирования особых элементов аукциона, связанных с конфиденциальностью тендерных заявок и двухэтапной оценкой, однако решить такие вопросы гораздо проще, чем рассматривать электронные аукционы в качестве отдельного метода проведения торгов, требующего новых и специальных положений.

37. Комиссия, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в рассмотрении вышеуказанных вопросов в Типовом законе ЮНСИТРАЛ или в других документах. Так, например, поскольку электронные аукционы могут оказаться неприемлемыми для всех государств по техническим или другим причинам (что относится также и к некоторым другим положениям, включая различные методы оценки при закупках услуг), можно было бы рассмотреть возможность представления таких аукционов в качестве факультативной процедуры.

38. Типовой закон ЮНСИТРАЛ основывается на общем признании того, что использование открытых торгов, ограниченных торгов и запроса котировок отражает наилучшую практику во внутренних подзаконных актах, касающихся публичных закупок. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в том, чтобы включить в Типовой закон ЮНСИТРАЛ руководящие принципы в отношении процедуры проведения аукционов, которые будут основываться на принципах в отношении упомянутых выше методов с учетом соответствующих изменений для включения этапа аукциона, но вместе с тем будут соответствовать принципам и целям Типового закона ЮНСИТРАЛ.

G. Электронные каталоги

39. Электронные каталоги могут представлять собой электронные версии обычных, изданных печатным способом каталогов или же могут включать программные средства для электронных заказов, и использование таких каталогов постоянно расширяется. На практике закупающая организация может использовать электронный каталог для идентификации поставщиков, от которых можно получить котировки (или постоянные оферты), и использование подобного механизма фактически имеет такие же последствия, как и применение обязательного квалификационного списка или рамочного соглашения с несколькими поставщиками. Поэтому дополнительные замечания по вопросу электронных каталогов будут представлены в разделах, посвященных этим вопросам (см. далее пункты 48–56 и 73–75 ниже).

H. Выводы и рекомендации в отношении использования электронных средств связи при осуществлении закупок

40. Комиссия, возможно, отметит, что в настоящее время существует два основных направления использования электронных средств связи в области закупок: поддержание связи при помощи электронных средств и использование Интернет для осуществления самого процесса закупок. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли, если учесть быстрое развитие соответствующей технологии, необходимость в разработке законодательных положений, касающихся принципов регламентирования методов электронных закупок и связи в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, вместо того чтобы рассматривать в этом документе саму эту технологию. Кроме того, Комиссия, возможно, пожелает оценить целесообразность включения дополнительных руководящих принципов, касающихся внедрения и использования таких методов, в законодательство или другие документы, с тем чтобы оказать помощь тем государствам, которые обладают менее сложной технологией или же (еще) не имеют надлежащего доступа к соответствующей технологии.

IV. Возможные дополнительные вопросы для рассмотрения в Типовом законе ЮНСИТРАЛ

41. Деятельность и опыт международных организаций и кредитных учреждений в области правительственных закупок рассматривается в записках Секретариата A/CN.9/539 и A/CN.9/539 и Add.1, и в этих результатах отмечается, что некоторые учреждения в настоящее время находятся в процессе пересмотра своих правил и положений в области публичных закупок.

42. Такая деятельность и пересмотр правил свидетельствует о повышении значения режимов закупок в качестве механизма ускорения развития национальной экономики и расширения регионального и межрегионального сотрудничества и интеграции. К числу вопросов, которые необходимо будет рассмотреть, относятся вопросы, касающиеся различных этапов экономического и технического развития соответствующих стран и методов достижения целей в области эффективности и транспарентности.

43. С учетом целей Комиссии в области унификации законодательства, по-видимому, целесообразно в максимально возможной степени и с учетом ее принципов обеспечить соответствие Типового закона ЮНСИТРАЛ другим международным и региональным режимам в области публичных закупок, и такая унификация будет способствовать расширению использования Типового закона.

44. В последующих разделах настоящей записки Секретариат рассматривает возможные дополнительные вопросы, которые возникают в связи с такими проблемами.

A. Использование списков поставщиков

45. Списки поставщиков (которые известны так же, как квалификационные списки, квалификационные системы или утвержденные списки) содержат информацию об отдельных поставщиках для будущих закупок и могут носить либо обязательный, либо факультативный характер. Обязательные списки требуют от поставщика зарегистрироваться в списке в качестве условия участия в закупках, в то время как в случае факультативных списков поставщик решает вопрос о регистрации по своему усмотрению без ущерба для права принимать участие в закупках. Включение того или иного поставщика в список может предусматривать полную оценку приемлемости данного поставщика для определенных контрактов, частичную оценку или же может вообще не предусматривать никакой оценки, однако обычно связано с первоначальной оценкой некоторых квалификационных показателей, причем другие квалификационные показатели оцениваются тогда, когда поставщик рассматривается в качестве претендента на заключение конкретных контрактов.

46. Основная цель списков поставщиков заключается в рационализации процесса закупок, с тем чтобы обеспечить экономию средств, более широкую конкуренцию и более эффективное управление информацией, что отвечает интересам как покупателей, так и поставщиков.

47. Преимущества факультативных списков состоят в сокращении расходов в результате исключения необходимости предоставлять и оценивать квалификационную информацию отдельно по каждому контракту, обеспечении доступа к информации, если закупки требуются осуществить на чрезвычайной основе, сокращении расходов поставщиков на поиски контрактной информации (которая может предоставляться автоматически зарегистрированным поставщикам), а также в потенциально более широкой конкуренции, если сокращение расходов для поставщиков приводит к увеличению числа заинтересованных поставщиков. Списки позволяют также экономить время в результате исключения или сокращения затрат времени на рекламу, ожидание выражения заинтересованности и оценку квалификационных данных (это имеет особое значение в случае закупок, на которые не распространяются требования в отношении объявлений и конкуренции, например, в случае срочных закупок, которые зачастую осуществляются на специальной основе и при которых предпочтение отдается поставщикам, которые известны закупающей организации).

48. Опыт ряда стран свидетельствует о том, что использование списков способствует обеспечению последовательности и повышению эффективности политики в области закупок в результате поощрения использования стандартных вопросников и принципов оценки квалификационных данных. Такие преимущества умножаются в том случае, если несколько покупателей используют общий список и общие списки позволяют также организациям объединять информацию о поставщиках, касающиеся, например, неэтичного поведения или надежности.

49. Обязательные списки поставщиков могут увеличить упомянутые выше преимущества (которые в значительной степени отвечают интересам закупающих организаций), однако одновременно сопряжены с существенными рисками, поскольку они могут ограничить конкуренцию, лишая отдельных поставщиков возможности заключать контракты (включая контракты, по которым в противном случае проводятся конкурентные торги после публикации объявления), если они подрывают доверие общественности к публичным закупкам в результате снижения транспарентности и поощрения более тесных отношений между поставщиками и закупающими организациями. Ведение таких списков может быть также сопряжено со значительными административными затратами.

50. Таким образом, недостатки обязательных списков могут перевешивать их преимущества. Тем не менее они используются во многих государствах и в рамках международных режимов закупок, охватывающих крупные контракты. Вместе с тем их использование в рамках таких режимов регулируется, во-первых, в результате ограничения в некоторых случаях числа организаций, которые могут ими воспользоваться и, во-вторых, в результате контролирования их использования, с тем чтобы обеспечить их применение на разумной и транспарентной основе.

51. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, как уже отмечалось, не затрагивает вопроса о списках поставщиков, хотя он и разрешает закупающим организациям использовать факультативные списки с целью выбора поставщиков при осуществлении закупок, которые не требуют оглашения тех или иных условий, например, в случае ограниченных торгов, конкурентных переговоров, запросов предложений или котировок и закупок из одного источника. На практике это может лишить незарегистрированных поставщиков возможности участвовать в торгах, например, в результате использования относительно неофициальной процедуры запроса котировок, и это будет фактически равноценно применению обязательного списка.

52. В момент принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ использование списков поставщиков рассматривалось в качестве нежелательного метода, использование которого сокращается. Тем не менее в результате распространения электронных средств связи использование (и ценность) списков возросло, а их стоимость снизилась. Кроме того, высказывается мнение о том, что расширение использования электронных каталогов также может привести к увеличению объема закупок, осуществляемых на основе методов, которые фактически предусматривают использование списков поставщиков.

53. Использование списков поставщиков может обеспечить более транспарентный и недискриминационный порядок выбора поставщиков при применении тех ограниченных методов закупок, в отношении которых в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не предусматривается никаких мер контроля за выбором поставщиков. Цель таких мер контроля может заключаться в обеспечении более справедливого и более транспарентного доступа к списку поставщиков, и они могут, например, предусматривать обязательство оповещать о существовании любого списка в соответствии с любыми требованиями о публикации в отношении будущих возможностей.

54. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, как уже отмечалось, не разрешает закупающим организациям предоставлять доступ к закупкам только тем поставщикам, которые зарегистрированы в списках (т.е. применять обязательные списки), поскольку в статье 6(3) закупающим организациям запрещается устанавливать любой "критерий, требование или процедуру" помимо упомянутых в статье 6, а в статье 6 не содержатся ссылки на регистрацию в списке.

55. Многие международные кредитные учреждения не считают использование обязательных списков хорошей практикой в случае применения процедуры открытых торгов. Тем не менее некоторые государства продолжают использовать обязательные списки, и поэтому Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ или в Руководство по принятию соответствующих законодательных руководящих принципов в отношении использования таких списков.

56. Можно также утверждать, что объявленные и регулируемые обязательные списки могут обеспечить более справедливый и более транспарентный доступ для поставщиков при определенных видах закупок, как это отмечалось выше в отношении факультативных списков. Предоставление государству возможности использовать регулируемые обязательные списки может при таких обстоятельствах содействовать повышению конкуренции и транспарентности.

B. Закупки услуг

57. Предусматриваемый в настоящее время "основной метод закупки услуг" в соответствии с главой IV Типового закона ЮНСИТРАЛ является гибким, поскольку он предусматривает применение гибких методов закупок, которые могут включать переговоры, для выбора победителя после представления предложений поставщиков.

58. Типовой закон ЮНСИТРАЛ предусматривает также, что торги следует использовать для закупок услуг, когда можно сформулировать подробные спецификации и проведение торгов считается "уместным". В противном случае можно использовать другие методы, при помощи которых осуществляются закупки товаров и работ, если использование таких методов будет более уместным и если выполняются условия, необходимые для их использования (статья 18(3)).

59. Основная идея Типового закона ЮНСИТРАЛ заключается в том, что закупки услуг будут производиться с использованием методов, отличающихся от методов закупок товаров и работ. Тем не менее, как отмечается, гибкий подход к оценке (в результате использования методов, основанных на критерии качества и договорных началах) на практике используется только в отношении определенных видов закупок услуг. Одним из показательных примеров является выбор интеллектуальных услуг (т.е. услуг, которые не ведут к поддающимся оценке физическим результатам, таких, как консультирование и другие профессиональные услуги). Отмечается также, что при закупке услуг, оцениваемых по критерию физической отдачи, можно применять эффективные и объективные методы выбора, которые применяются в отношении закупок товаров и работ. Выдвинутые в связи с этим предложения более подробно рассматриваются в пункте 9 записки A/CN.9/539/Add.1 Секретариата.

60. Поэтому Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость внести поправки в определенные положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы предусмотреть применение более эффективного режима для закупок многих видов услуг и обеспечить большую гибкость в отношении закупок интеллектуальных услуг.

C. Альтернативные методы закупок

61. По крайней мере одно многостороннее кредитное учреждение высказывалось о целесообразности пересмотреть необходимость и условия использования некоторых "альтернативных методов закупок", предусмотренных положениями главы V Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Предложения, высказанные Секретариату в этой связи, более подробно рассматриваются в пункте 11 записки A/CN.9/539/Add.1 Секретариата.

62. Тем не менее Комиссия, возможно, пожелает принять во внимание, что эти вопросы подробно обсуждались в ходе подготовки Типового закона ЮНСИТРАЛ. Поэтому она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли продолжать обсуждение этих вопросов.

D. Участие общин в закупках

63. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ не рассматриваются вопросы, касающиеся этапа проекта закупок, связанного с исполнением контракта. Одним из аспектов такого исполнения, на который было обращено внимание Секретариата, является концепция участия общин (т.е. участия конечных пользователей в осуществлении проекта). Одно международное кредитное учреждение отметило, что участие общин является наиболее эффективным методом осуществления проекта, поскольку пользователи заинтересованы в обеспечении высокого качества исполнения работ, которые их непосредственно затрагивают.

64. Участие общин предусматривается в ряде современных систем закупок, в которых используется соответствующий метод отбора для достижения социальных целей и устойчивого предоставления услуг в секторах, которые не являются привлекательными для крупных компаний, например, в области здравоохранения, распространения сельскохозяйственных знаний и неформального образования.

65. В некоторых случаях возможность такого участия предусмотрена в национальных правилах о закупках, если при выборе метода закупок или критериев заключения контракта предусматривается возможность участия общин или же такое участие является условием заключения контракта или контрактов. Секретариат осознает, что участие общин в сфере закупок может принимать различные формы, позволяя, в частности, использовать местные специальные знания и опыт и применять трудоемкие технологии.

66. Вопрос об участии общин конкретно не рассматривается в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, однако его положения являются достаточно гибкими, что позволяет использовать большую часть механизмов, упомянутых в предыдущих пунктах. Тем не менее Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости конкретно предусмотреть возможность участия общин при выборе метода закупок или определений критериев заключения контракта.

67. Секретариат понимает также, что некоторые методы, допускающие участие общин в заключении контрактов на закупки, предусматривают деление контрактов или заключения мелких контрактов зачастую с использованием закупок из одного источника. Такие методы не являются допустимыми в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ в его существующем виде, и Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ положения, позволяющего использовать такие процедуры, необходимости включения комментария в отношении их принятия в Руководство по принятию и необходимости предоставления принимающим Типовой закон государствам возможности включить в свое внутреннее законодательство соответствующие положения об исключениях.

E. Рамочные соглашения

68. "Рамочные соглашения" можно определить как соглашения, обеспечивающие возобновление поставок товаров или услуг в течение определенного периода времени, которые предусматривают проведение первоначальных торгов в соответствии с комплексом условий и выбор одного или более поставщиков на основе тендерных заявок, а также последующее размещение периодических заказов у выбранного поставщика (поставщиков) по мере возникновения конкретных потребностей. Поэтому такие соглашения главным образом используются тогда, когда закупающим организациям требуются конкретные товары или услуги в течение определенного периода времени, но при этом точное их количество и объем не известны.

69. Обозреватели отметили, что внутригосударственное законодательство в области закупок многих стран содержит положения о рамочных соглашениях или эквивалентных процедурах, которые применяются при альтернативной номенклатуре. Основные причины использования такого рода соглашений вместо проведения новой процедуры заключения контракта для удовлетворения каждой отдельной потребности, заключаются в том, что это позволяет добиться экономии расходов на процедуры закупки. Такие соглашения, в частности, позволяют избежать необходимости публиковать объявления и проводить оценку квалификационных данных поставщиков при размещении каждого заказа, поскольку эта часть процесса осуществляется только один раз на первоначальных этапах, о которых говорилось выше.

70. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не содержит конкретных положений, касающихся рамочных соглашений.

71. Рамочные соглашения широко используются во многих государствах и в некоторых случаях регулируются национальным законодательством (а в некоторых случаях регламентируются также правилами региональных органов или международных кредитных учреждений). Методы закупок, применяемые в случае рамочных соглашений, зачастую зависят от общих правил в отношении финансовых пределов (т.е. предельных сумм, ниже которых могут использоваться неоткрытые процедуры торгов) и от того, как такие пределы адаптированы, если это имеет место, к условиям рамочных соглашений. Такие пределы могут просто зависеть от стоимости каждого контракта или же могут предусматривать определенную степень агрегирования.

72. Рамочные соглашения могут заключаться с одним поставщиком или с несколькими поставщиками. Соглашения с одним поставщиком могут предусматривать обязательство закупающей организации осуществлять закупки, обязательство поставщика осуществлять поставки или же оба вида обязательств, или же могут не предусматривать никаких обязательств сторон, а вместо этого устанавливать условия, на которых контракты будут заключаться в будущем, причем юридические обязательства будут возникать только в момент согласования заказов.

73. Соглашения с несколькими поставщиками предусматривают определенную первоначальную состязательную процедуру для выбора нескольких потенциальных поставщиков, которые могут поставлять товары или услуги на условиях, установленных закупающей организацией (первый этап заключения контракта). Когда впоследствии возникает потребность в товарах или услугах, закупающая организация выбирает одного поставщика из числа этих поставщиков для исполнения конкретного заказа (второй этап заключения контракта[7]). Методы, используемые в отдельных государствах для выбора

[7] Различие между рамочным соглашением с несколькими поставщиками и списком поставщиков или электронным каталогом заключается в том, что при рамочном соглашении

поставщика (поставщиков) на втором этапе заключения контракта, существенно различаются, особенно вследствие существенных различий в степени дальнейшей конкуренции. Такие различия отражают различное соотношение между целями выбираемых подходов в области использования конкуренции (для содействия эффективности использования средств), открытости и транспарентности по сравнению с затратами на процедуры применения таких методов.

74. Основные преимущества использования соглашений с несколькими поставщиками по сравнению с соглашениями с одним поставщиком связаны с обеспечением гибкости при выборе поставщика для конкретного заказа, возможностью избежать расходов на абсолютно новую процедуру, гарантированностью поставок, выгодами централизованных закупок и расширением доступа к правительственным заказам для мелких поставщиков. Такие соглашения могут способствовать также повышению эффективности использования средств и достижению других целей в области закупок на основе обеспечения более транспарентной процедуры по сравнению с другими процедурами, предусмотренными для мелких закупок. Установление совокупной суммы контрактов в соответствии с рамочным соглашением может оправдывать расходы на публикацию объявлений, а поставщики по рамочному соглашению заинтересованы в осуществлении контроля за ходом закупок в соответствии с таким соглашением (в отличие от поставщика в соответствии с рамочным соглашением с одним поставщиком).

75. Хотя в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не содержится конкретных положений, касающихся рамочных соглашений, в соответствии с уже предусмотренными процедурами можно использовать некоторые виды соглашений с одним поставщиком и, возможно, некоторые виды соглашений с несколькими поставщиками. Поскольку использование таких соглашений расширяется и другие региональные органы (включая Европейский союз) регламентируют их применение, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения в Типовой закон положения, касающегося таких соглашений.

F. Оценка и сопоставление тендерных заявок

76. Критерии оценки тендерных заявок установлены в пункте 4 статьи 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, и при этом предусматривается, что критерии определения наиболее выгодной тендерной заявки позволяют использовать закупки для содействия достижению промышленных, социальных или экологических целей. Такие цели могут охватывать содействие промышленному развитию страны (в результате отстранения определенного поставщика, предоставления преференций или использования закупок из одного источника в особых обстоятельствах). Критерии выбора могут также в определенной степени учитывать последствия осуществления расчетов в иностранной валюте. При этом предусматриваются четкие механизмы контроля, позволяющие обеспечить объективность критериев заключения контрактов, возможности для их количественной оценки и заблаговременное ознакомление поставщиков с такими критериями.

77. Общее замечание, высказанное Секретариату, состояло в том, что использование закупок для содействия достижению промышленных, социальных или экологических целей должно найти свое отражение в Типовом

большая часть процедуры осуществляется на первом этапе. В этот момент, как правило, согласуется большинство или все условия, проводится полная оценка квалификационных данных поставщиков, а также осуществляется определенный первоначальный отбор среди заинтересованных поставщиков на основе пробных тендерных заявок.

законе ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы повысить уровень прозрачности и эффективность контроля за их осуществлением. Кроме того, можно было бы рассмотреть понятие такого рода региональных, а также национальных целей.

78. Следует в итоге отметить, что в полученных Секретариатом сообщениях высказывалось мнение о том, что некоторые положения пункта 4 статьи 34 можно было бы пересмотреть с учетом таких целей и что повышению прозрачности могло бы способствовать также выражение критериев оценки тендерных заявок, установленных в подпункте (b), в стоимостном эквиваленте или в форме требований, которые должны быть соблюдены поставщиком для того, чтобы его предложение было сочтено приемлемым для целей оценки. Высказанные предложения более подробно рассматриваются в пунктах 25–30 записки A/CN.9/539/Add.1 Секретариата.

79. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности пересмотра таких положений, возможно в самом Типовом законе ЮНСИТРАЛ, или же о целесообразности разработки соответствующих руководящих принципов в других текстах, например в Руководстве по принятию.

G. Средства правовой защиты и принудительное исполнение

80. Общепризнанным является мнение о том, что эффективная система мониторинга и принудительного исполнения материально–правовых норм является одним из важных элементов прозрачной системы закупок. Тем не менее отмечается гораздо меньшее единство мнений в отношении возможностей подавать протесты и использовать средства правовой защиты, которыми располагает подрядчик, применимых норм и по вопросу о том, какой орган должен рассматривать обжалование: административный или судебный.

81. Соответствующие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ содержатся в статьях 52–57, однако в Руководстве отмечается, что принимающие Типовой закон государства могут включать все или некоторые из этих статей. Кроме того, предусмотрены относительно ограниченные стандарты в отношении обжалования в административном порядке даже в тех случаях, когда не предусмотрено возможности для обжалования в судебном порядке. Это свидетельствует о том, что в момент принятия этих положений ситуация была особенно сложной. Тем не менее внимание Секретариата было обращено на то, что использование права на подачу протеста и средств правовой защиты при закупках становится более приемлемым и получает более широкое распространение в результате, в частности, установления международных торговых режимов (которые в настоящее время налагают обязательства в отношении обжалования на гораздо большее число стран, чем раньше), а также под воздействием политики различных международных кредитных учреждений.

82. Поэтому Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ соответствующих положений, содержащих четкое подтверждение желательности создания надлежащей системы обжалования, а также более подробные руководящие принципы в отношении достижения этой цели. Отдельные предложения относительно положений, которые можно было бы рассмотреть, более подробно изложены в пунктах 33–37 записки A/CN.9/539/Add.1 Секретариата.

V. Другие вопросы для рассмотрения

83. Отдельные предложения, касающиеся положений, дальнейшее обсуждение которых Комиссия может счесть целесообразным, более подробно рассматриваются в пунктах 38–42 записки A/CN.9/539/Add.1 Секретариата.

Упоминаются, в частности, следующие вопросы: квалификация поставщиков; правила, регламентирующие документальные доказательства, предоставляемые поставщиками; подкуп со стороны поставщиков (подрядчиков); содержание тендерной документации и указания по вопросу о том, в какой мере Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках удовлетворяет требованиям Соглашения ВТО о государственных закупках, что могло бы сыграть определенную роль в облегчении и поощрении присоединения к этому соглашению.

84. При рассмотрении вопросов, упомянутых в настоящей записке, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о желательности ряда последовательных пересмотров текста Типового закона ЮНСИТРАЛ. С учетом различных стадий развития государств, которые будут использовать Типовой закон, и возможного включения альтернативных или факультативных положений, некоторые положения, возможно, потребуется также упростить.

VI. Выводы и рекомендации

85. В тексте настоящей записки рассматриваются различные аспекты публичных закупок, которые, по мнению Комиссии, на данном этапе заслуживают рассмотрения, в процессе которого может быть сформулирована оптимальная практика, типовые договорные положения и другие практические рекомендации в дополнение или в качестве альтернативы рекомендациям по законодательным вопросам. Такие обсуждения не следует рассматривать как возобновление дискуссии по вопросам, которые уже были предметом подробных обсуждений, в результате которых был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ, а следует расценивать в качестве возможности внести коррективы в Типовой закон ЮНСИТРАЛ в свете новых событий и новой практики (особенно электронных закупок) или же рассмотреть те вопросы, которые не обсуждались в то время.

86. Что касается ресурсов, необходимых для выполнения любой дополнительной работы, которую Комиссия может счесть целесообразной, то Комиссия, возможно, пожелает принять во внимание тот факт, что Рабочая группа I завершила свою работу по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и ее совещание может быть созвано в третьем квартале 2004 года, если Комиссия примет соответствующее решение на своей тридцать седьмой сессии. Возможные сроки проведения следующего совещания Рабочей группы указаны в разделе 17 предварительной повестки дня (A/CN.9/541). Комиссия, возможно, пожелает принять решение о том, чтобы Рабочая группа I тесно сотрудничала с Рабочей группой IV (Электронная торговля) по вопросам электронной торговли, имеющим отношение к законодательству в области закупок.

VII. ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ (ППТЮ)

Секретариат Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) продолжает публиковать судебные и арбитражные решения, имеющие отношение к толкованию или применению текстов, являющихся результатом работы ЮНСИТРАЛ. Описание системы ППТЮ (Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ) см. Руководство для пользователей (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1), опубликованное в 1993 году.

Документы серии A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS могут быть получены от Секретариата ЮНСИТРАЛ:

UNCITRAL Secretariat
P.O. Box 500
Vienna International Centre
A–1400 Vienna
Austria

Телефон: (+43-1) 26060–4060 или 4061
Телекс: 135612 uno a
Телефакс: (+43-1) 26060–5813
Электронная почта: uncitral@uncitral.org

С ними можно также ознакомиться на странице ЮНСИТРАЛ в сети Интернет по адресу: http://www.uncitral.org.

Копии полных текстов, на языке оригинала, судебных и арбитражных решений, о которых сообщалось в контексте ППТЮ, могут быть получены, по просьбе, от Секретариата.

VIII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ

Записка Секретариата о подготовке кадров и оказании технической помощи

(A/CN.9/560) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–2
II.	Дополнительные ресурсы для Секретариата ЮНСИТРАЛ	3–5
III.	Внебюджетное финансирование	6–11
IV.	Значение текстов Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли	12
V.	Техническая помощь в деле разработки и осуществления законодательства	13–16
VI.	Семинары и информационные миссии	17–19
VII.	Участие в других мероприятиях	20–23
VIII.	Программа стажировок	24–28

I. Введение

1. В соответствии с решением, принятым на двадцатой сессии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)[1] в 1987 году, подготовка кадров и оказание помощи относятся к наиболее приоритетным областям деятельности ЮНСИТРАЛ. Программа подготовки кадров и оказания технической помощи, осуществляемая Секретариатом в соответствии с мандатом, полученным от Комиссии, в частности в развивающихся странах и странах с переходной экономикой, охватывает два основных направления деятельности: a) семинары и информационные миссии, проводимые с целью разъяснения сути международных конвенций в области коммерческого права, типовых законов и других правовых текстов; и b) оказание помощи государствам–членам в осуществлении реформы коммерческого права и принятии текстов ЮНСИТРАЛ. Поскольку конечной целью этой работы является принятие текстов ЮНСИТРАЛ, она является неотъемлемой частью законотворческой деятельности Комиссии.

2. В настоящей записке перечисляются мероприятия Секретариата, проведенные после публикации предыдущей записки, которая была представлена Комиссии на ее тридцать шестой сессии в 2003 году (A/CN.9/536 от 14 мая 2003 года), и указываются возможные будущие мероприятия в области подготовки кадров и оказания помощи с учетом просьб о предоставлении таких услуг Секретариата. В настоящей записке также излагаются предложения, касающиеся технической законодательной помощи с учетом решения о расширении Секретариата, которое обсуждается ниже (см. пункты 3–5).

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок вторая сессия, Дополнение № 17* (A/42/17), пункт 335.

II. Дополнительные ресурсы для Секретариата ЮНСИТРАЛ

3. Комиссия, возможно, помнит, что на своей тридцать шестой сессии она приняла к сведению замечания, сделанные Управлением служб внутреннего надзора в его докладе, посвященном углубленной оценке деятельности в правовой области (E/AC.51/2002/5, пункт 64) в части, касающейся эффективности подготовки кадров и помощи, оказываемых Секретариатом, а также отметил с озабоченностью, что без последующих действий и тесного сотрудничества и координации между Секретариатом и учреждениями, занимающимися оказанием помощи в целях развития, которые предоставляют или финансируют техническую помощь, международная помощь едва ли сможет содействовать принятию национальных законов, в которых будут закреплены согласованные на международном уровне нормы. В связи с этим Комиссия с удовлетворением отметила первые меры, принятие во исполнение просьбы Генеральной Ассамблеи о том, чтобы Генеральный секретарь существенно увеличил как людские, так и финансовые ресурсы, имеющиеся в распоряжении Секретариата, часть которых будет использоваться для обеспечения эффективного выполнения программы Комиссии в отношении оказания технической помощи по законодательным вопросам и своевременной публикации и распространении результатов ее работы[2].

4. Комиссия, возможно, пожелает принять к сведению тот факт, что в декабре 2003 года Генеральная Ассамблея утвердила выделение дополнительных людских ресурсов для Секретариата ЮНСИТРАЛ (три сотрудника категории специалистов), чтобы Секретариат смог выполнять функции оказания технической помощи по законодательным вопросам и распространения информации о правовых тенденциях в области права международной торговли, а также мог эффективно и своевременно координировать работу международных организаций, действующих в области международной торговли. Один из этих дополнительных постов уже заполнен путем перевода специалиста из Нью–Йорка без изменения уровня должности, а два других поста объявлены вакантными с целью в кратчайшие сроки завершить процесс найма.

5. По завершении найма Секретариат предлагает разработать план реализации упомянутых выше функций и установить сроки его выполнения. В консультации с постоянными представительствами в Вене и Нью–Йорке Секретариат, например, может провести работу, для того чтобы определить потребности в правовой реформе, сопутствующие требования в оказании помощи в области права международной торговли, а также в консультации с соответствующими международными, региональными и национальными организациями определить возможности разработки совместных программ или участия ЮНСИТРАЛ в существующих программах, связанных с оказанием технической помощи в правовой реформе в области права международной торговли. Предполагается, что другие инициативы будут охватывать разработку материалов о ЮНСИТРАЛ и текстах ЮНСИТРАЛ, чтобы облегчить предоставление технической помощи по законодательным вопросам, а также стратегий с целью улучшить координацию работы и укрепить сотрудничество между другими организациями, действующими в области права международной торговли. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть ход этой работы, с тем чтобы подготовить для Секретариата рекомендации по программным вопросам и приоритетам.

---

[2] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 251 и см. также пункты 256–261.

III. Внебюджетное финансирование

6. Учитывая важное значение внебюджетных средств для осуществления компонента программы работы ЮНСИТРАЛ, связанного с подготовкой кадров и оказанием технической помощи, Комиссия, возможно, вновь пожелает обратиться ко всем государствам, международным организациям и другим заинтересованным учреждениям с просьбой рассмотреть вопрос о внесении взносов в Целевой фонд ЮНСИТРАЛ для проведения симпозиумов, по возможности, на многолетней основе, чтобы облегчить планирование и позволить Секретариату удовлетворять растущее количество просьб развивающихся стран и государств с переходной экономикой о подготовке кадров и получении помощи по законодательным вопросам. Информацию о внесении взносов можно получить в Секретариате.

7. За рассматриваемый период взносы поступили от Греции, Мексики, Франции и Швейцарии. Комиссия, возможно, пожелает выразить свою признательность тем государствам и организациям, которые способствуют выполнению ее программы в области подготовки кадров и оказания помощи, предоставляя средства или персонал или принимая у себя семинары.

8. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает напомнить, что в своей резолюции 48/32 от 9 декабря 1993 года Генеральная Ассамблея просила Генерального секретаря учредить целевой фонд для оказания помощи развивающимся странам, являющимся членами ЮНСИТРАЛ, в покрытии путевых расходов. Учрежденный для этой цели фонд открыт для добровольных финансовых взносов государств, межправительственных организаций, региональных организаций экономической интеграции, национальных учреждений и неправительственных организаций, а также физических юридических лиц.

9. С момента учреждения этого Целевого фонда взносы были получены от Австрии, Камбоджи, Кении, Кипра и Мексики.

10. Следует напомнить, что в своей резолюции 51/161 от 16 декабря 1996 года Генеральная Ассамблея постановила включить целевые фонды для проведения симпозиумов ЮНСИТРАЛ и оказания помощи в покрытии путевых расходов в список фондов и программ, вопрос о которых рассматривается на Конференции Организации Объединенных Наций по объявлению взносов на деятельность в целях развития.

11. Чтобы обеспечить всестороннее участие государств–членов в работе сессий ЮНСИТРАЛ и ее рабочих групп, Комиссия, возможно, пожелает вновь обратиться к соответствующим органам системы Организации Объединенных Наций, организациям, учреждениям и отдельным лицам с призывом вносить добровольные взносы в Целевой фонд, созданный для оказания помощи развивающимся странам, являющимся членами Комиссии, в покрытии путевых расходов.

IV. Значение текстов Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

12. В настоящее время правительства, международные организации, в том числе учреждения по оказанию многосторонней и двусторонней помощи, и частный сектор придают растущее значение совершенствованию правовой основы международной торговли и инвестирования. Важную роль в этом процессе играет ЮНСИТРАЛ, обеспечивая подготовку и содействуя применению правовых документов в ряде важнейших отраслей коммерческого права, которые содержат согласованные на международном уровне стандарты и

решения, приемлемые для различных правовых систем. К таким документам относятся:

a) в области купли–продажи – Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли–продажи товаров[3] и Конвенция Организации Объединенных Наций об исковой давности в международной купле–продаже товаров[4];

b) в области урегулирования – споров Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений[5] (эта конвенция Организации Объединенных Наций была принята еще до создания Комиссии, однако Комиссия активно содействует ее применению), Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ[6], Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ[7], Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[8], Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства[9] и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре[10];

c) в области государственных подрядов – Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[11] и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников[12];

d) в области банковского дела, платежей и несостоятельности Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (резолюция 56/81, приложение), Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (резолюция 50/48 Генеральной Ассамблеи, приложение), Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах[13], Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях (резолюция 43/165, приложение) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[14];

e) в области транспорта – Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила)[15] и Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле[16]; и

---

[3] *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по договорам международной купли–продажи товаров, Вена, 10 марта – 11 апреля 1980 года* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.82.V.5), часть I.

[4] *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу об исковой давности (погасительных сроках) в международной купле–продаже товаров, Нью–Йорк, 20 мая – 14 июня 1974 года* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.74.V.8), часть I.

[5] United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

[6] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать первая сессия, Дополнение № 17* (A/31/17), пункт 57.

[7] Там же, *тридцать пятая сессия, Дополнение № 17* (A/35/17), пункт 106.

[8] Там же, *сороковая сессия, Дополнение № 17* (A/40/17), приложение I.

[9] Там же, *пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17* (A/51/17), глава II.

[10] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), приложение I.

[11] Там же, *сорок девятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Corr.1), приложение I.

[12] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

[13] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/47/17), приложение I.

[14] Там же, *пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/52/17), приложение I.

[15] *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов, Гамбург, 6–31 марта 1978 года* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.80.VIII.1), документ A/CONF.89/13, приложение I.

[16] A/CONF.152/13, приложение.

f) в области электронной торговли и электронного обмена данными – Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[17] и Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях[18].

V. Техническая помощь в деле разработки и осуществления законодательства

13. Государствам, разрабатывающим свое законодательство на основе текстов ЮНСИТРАЛ, оказывается техническая помощь. Такая помощь оказывается в самых различных формах, включая анализ предварительных законопроектов с точки зрения текстов ЮНСИТРАЛ, оказание технических консультационных услуг и помощи в разработке законодательства на основе текстов ЮНСИТРАЛ, подготовку нормативных актов по осуществлению такого законодательства, комментарии по докладам комиссий по правовым реформам, а также брифинги для законодателей, судей, арбитров, должностных лиц по закупкам и других пользователей текстов ЮНСИТРАЛ, включенных в национальное законодательство. Другой формой технической помощи, оказываемой Секретариатом, является консультирование по вопросам создания организационных механизмов для международного коммерческого арбитража, включая учебные семинары для арбитров, судей и специалистов, работающих в этой области. Подготовка кадров и техническая помощь способствуют ознакомлению с правовыми текстами, подготавливаемыми Комиссией, и их более широкому применению и особенно полезны для развивающихся стран, которые не располагают опытом в области торгового и коммерческого права, входящих в сферу деятельности ЮНСИТРАЛ. Реформа коммерческого права, основанная на единообразных международных документах, оказывает заметное влияние на возможности предпринимателей всех государств участвовать в международной торговле. Такая торговля играет важную роль в повышении благосостояния их обществ и является важным фактором в обеспечении устойчивого развития и социальной стабильности. Мероприятия Секретариата в области подготовки кадров и технической помощи могут играть важную роль в усилиях по экономической интеграции, прилагаемых многими странами.

14. В своей резолюции 58/75 от 8 января 2004 года Генеральная Ассамблея вновь подтвердила важность, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии по подготовке кадров и оказанию технической помощи в области права международной торговли; и вновь призвала Программу развития Организации Объединенных Наций и другие органы, ответственные за оказание помощи в целях развития, такие как Всемирный банк и региональные банки развития, а также правительства в рамках их программ оказания помощи на двусторонней основе поддерживать программу Комиссии в области подготовки кадров и технической помощи, сотрудничать с Комиссией и координировать свою деятельность с деятельностью Комиссии.

15. В этой же резолюции Генеральная Ассамблея подчеркнула важное значение обеспечения вступления в силу конвенций, являющихся результатом деятельности Комиссии, для глобальной унификации и согласования права международной торговли и с этой целью настоятельно призвала государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о подписании и ратификации этих конвенций или присоединении к ним.

16. Секретариат ЮНСИТРАЛ готов предоставить техническую помощь и консультации государствам, рассматривающим вопрос о подписании и

---

[17] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17* (A/51/17), приложение I.

[18] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), приложение II.

ратификации конвенций ЮНСИТРАЛ или присоединении к ним, а также государствам, которые находятся в процессе пересмотра своего торгового законодательства.

VI. Семинары и информационные миссии

17. Деятельность ЮНСИТРАЛ, как правило, осуществляется путем проведения семинаров и информационных миссий для государственных служащих из заинтересованных министерств (торговли, иностранных дел, юстиции и транспорта), судей, арбитров, практикующих адвокатов, коммерческих и торговых деловых кругов, ученых и других заинтересованных лиц. Семинары и информационные миссии призваны разъяснить основные особенности и практическую ценность документов ЮНСИТРАЛ по праву международной торговли. Представляется также информация о некоторых важных правовых текстах других организаций, например об Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов и Инкотермс Международной торговой палаты.

18. Лекции на семинарах ЮНСИТРАЛ обычно проводят один–два сотрудника Секретариата ЮНСИТРАЛ, эксперты принимающих стран и иногда внешние консультанты. После семинаров Секретариат поддерживает связь с их участниками, с тем чтобы оказывать принимающим странам максимально возможную поддержку в принятии и использовании текстов ЮНСИТРАЛ.

19. Со времени проведения предыдущей сессии Секретариат Комиссии организовал в ряде государств семинары, которые, как правило, предусматривали проведение брифингов. За счет средств Целевого фонда ЮНСИТРАЛ для проведения симпозиумов финансировались следующие семинары (количество участников приводится приблизительное):

a) Лима (19–21 мая 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с Межамериканской ассоциацией юристов (120 участников);

b) Улан–Батор (26–28 мая 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с правительством Монголии и Торговой палатой Монголии (60 участников);

c) Белград (6–7 июня 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с Европейским центром по проблемам мира и развития Университета мира (15 участников);

d) Окланд, Новая Зеландия (10–12 июня 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с министерством иностранных дел и торговли для малых государств Тихого океана (20 участников);

e) Габороне (9–10 сентября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с правительством Ботсваны и Программой развития Организации Объединенных Наций (ПРООН), Ботсвана (80 участников);

f) Сеул (24–26 сентября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с министерством юстиции (70 участников);

g) Владивосток (Российская Федерация) (29 сентября – 1 октября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с Торгово–промышленной палатой Российской Федерации (50 участников);

h) Гавана (29 сентября – 3 октября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с кубинским Обществом права и информационной технологии Национального совета кубинских юристов (250 участников);

i) Каракас (19–21 ноября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с правительством Венесуэлы (120 участников);

j) Богота (25–28 ноября 2003 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с правительством Колумбии (300 участников);

k) Хартум (26–29 января 2004 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с правительством Судана (60 участников);

l) Белград (5–7 февраля 2004 года) – семинар, проведенный в сотрудничестве с Европейским центром по проблемам мира и развития Университета мира (10 участников); и

m) Сана (8–10 марта 2004 года) – семинар, организованный в сотрудничестве с министерством юстиции и Йеменским арбитражным центром (110 участников).

VII. Участие в других мероприятиях

20. Сотрудники Секретариата ЮНСИТРАЛ выступали с сообщениями на различных семинарах, конференциях и курсах, на которых представлялись тексты ЮНСИТРАЛ для изучения и, возможно, принятия или использования. Участие сотрудников Секретариата в перечисленных ниже семинарах, конференциях и курсах финансировалось учреждением–организатором или другой организацией. Участие в некоторых семинарах, конференциях и курсах финансировалось частично или полностью из средств регулярного бюджета Организации Объединенных Наций на оплату поездок:

a) Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА) Европейского совета – симпозиум (обеспечительные меры при арбитраже) (Лондон, 5–9 мая 2003 года);

b) форум Постоянной палаты третейского суда и Международного центра по урегулированию споров (обеспечительные меры при арбитраже) (Брюссель, 28 мая 2003 года);

c) коллоквиум на тему "Международный торговый арбитраж и африканские государства" (Лондон, 4–5 июня 2003 года);

d) коллоквиум Международного морского комитета (ММК) (Бордо, Франция, 11–13 июня 2003 года);

e) Юридическая Рабочая группа СЕФАКТ ООН (Женева, 16–17 июня 2003 года);

f) информационная сессия для членов ВТО по вопросу правительственных закупок (Женева, 19 июня 2003 года);

g) региональная конференция ЮНКТАД на высоком уровне для Африки по вопросу стратегий в электронной торговле в целях развития (Тунис, 19–21 июня 2003 года);

h) Конференция по альтернативному урегулированию споров: альтернативное урегулирование гражданских и коммерческих споров в условиях глобального бизнеса (Рим, 3 июля 2003 года);

i) программа летней школы для студентов выпускных курсов, организованная Университетом экономики и права, Гамбург, и Технологическим университетом, Сидней (Гамбург, 21–22 июля 2003 года);

j) семинар по вопросам электронной торговли и современного коммерческого права, организованный Университетом Претории (Претория, 28 августа 2003 года);

k) ежегодная конференция Международной ассоциации юристов (Сан–Франциско, Калифорния, Соединенные Штаты Америки, 18–19 сентября 2003 года);

l) Международный многонациональный коллоквиум судей, организованный ЮНСИТРАЛ и Международной федерацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) и Ежегодной региональной конференцией ИНСОЛ (Лас–Вегас, Невада, Соединенные Штаты Америки, 20–23 сентября 2003 года);

m) программа лекций по праву международной торговли для аспирантов, организованная Федеральным университетом Риу–Гранди–ду–Сул (Порту–Алегри, Бразилия, 29 сентября – 2 октября 2003 года);

n) симпозиум по вопросам несостоятельности 2003 года, организованный Европейским центральным банком (Франкфурт, Германия, 30 сентября – 1 октября 2003 года);

o) Региональная конференция ЮНКТАД/ЭКЕ на высоком уровне для стран с переходной экономикой "Стратегия в области ИКТ и электронной торговли в целях развития" (Женева, 20–21 октября 2003 года);

p) Программа по дебиторской задолженности, переносному оборудованию и ценным бумагам Ассоциации юристов штата Нью–Йорк, организованная Ассоциацией юристов штата Нью–Йорк, Международной ассоциацией юристов и Международным союзом адвокатов (Амстердам, 24 октября 2003 года);

q) Конференция проекта по торговым спорам ЮСАИД, посвященная использованию процедуры посредничества в странах Юго–Восточной Европы (Любляна, 27–29 октября 2003 года);

r) Международная конференция по обеспеченным сделкам, организованная факультетом права Манчестерского университета (Манчестер, Соединенное Королевство, 29–30 октября 2003 года);

s) семинар по электронной торговле, организованный Северной высшей коммерческой школой (Ницца, Франция, 6–7 ноября 2003 года);

t) Форум ОЭСР по вопросам реформы законодательства в области несостоятельности в странах Азии (Сеул, 10–11 ноября 2003 года);

u) Рабочая группа S78 МИУЧП и коллоквиум по согласованным основным правилам использования ценных бумаг, держателем которых является посредник (Рим, 12–14 ноября 2003 года);

v) Международный подкомитет Международного морского комитета (ММК) по вопросам транспортного права (Лондон, 17 ноября 2003 года);

w) симпозиум по урегулированию коммерческих споров, организованный ЮСАИД (Москва, 19–21 ноября 2003 года);

x) Конференция по вопросам трансграничного обеспечения кредитов, организованная Академией европейского права (Триер, Германия, 4–5 декабря 2003 года);

y) Конференция по вопросам коммерческого посредничества и арбитража в Хорватии и Балканском регионе, организованная хорватской Торговой палатой (Загреб, 4 декабря 2003 года);

z) Конференция по вопросам договорных прав и обязательств в Центральной и Юго–Восточной Европе и Содружестве независимых государств, организованная Европейским банком реконструкции и развития (ЕБРР) (Лондон, 5 декабря 2003 года);

aa) Комиссия Международной торговой палаты (МТП) по банковской технике и практике и Международная конференция МТП по банковскому делу и финансированию торговли (Дели, 9–11 декабря 2003 года);

bb) Конференция по электронной торговле и коллоквиум судей, организованные Каирским региональным центром международного торгового арбитража (Каир, 17–19 января 2004 года);

cc) Конференция на тему "Новый швейцарский регламент международного арбитража", организованная Швейцарской арбитражной ассоциацией (Цюрих, Швейцария, 23 января 2003 года);

dd) Конференция по вопросам сбалансированного применения процедур санации, реструктуризации и ликвидации – новые вызовы в Азии, организованная ИНСОЛ Индии и специалистами в области санации и несостоятельности предприятий Шри–Ланки (Коломбо, 13–15 февраля 2004 года);

ee) круглый стол по вопросам свободы договоров Международного морского комитета (ММК)/ЮНСИТРАЛ (Лондон, 20–21 февраля 2004 года);

ff) дискуссионный семинар министерства юстиции Марокко, посвященный проекту его арбитражного законодательства (Касабланка, Марокко, 3–4 марта 2004 года);

gg) Конгресс по вопросам урегулирования конфликтов – новые перспективы и способы применения согласительной процедуры (Турин, 5 марта 2004 года);

hh) Консорциум в целях благого правления, Региональное совещание Европейского союза по вопросам планирования (Вена, 5 марта 2004 года);

ii) электронные подписи – содействие электронной торговле на конференции в Египте, организованной под эгидой министерства связи и информационной технологии, Египет, спонсорами которой были министерство торговли Соединенных Штатов Америки и ЮСАИД (Каир, 27–28 марта 2004 года);

jj) курсы по праву международной торговли для аспирантов, организованные Международным учебным центром Международной организации труда (МОТ) и Высшим институтом европейских исследований (Турин), Италия, 2 апреля 2004 года; и

kk) совместная Конференция по теме "Текущая и дальнейшая работа ЮНСИТРАЛ в области международного торгового арбитража/Партнеры в Европе: арбитраж в странах Центральной и Восточной Европы", организованная ЮНСИТРАЛ и Международным арбитражным центром Австрийской федеральной экономической палаты (Вена, 1–2 апреля 2004 года).

21. В оставшийся период 2004 года намечено провести семинары и информационные миссии по оказанию правовой помощи в странах Африки, Азии и Восточной Европы. Поскольку расходы на подготовку кадров и оказание технической помощи не покрываются из регулярного бюджета, выполнение этих планов Секретариатом зависит от поступления достаточных средств в виде взносов в Целевой фонд ЮНСИТРАЛ для проведения симпозиумов.

22. Как и в прошлые годы, Секретариат согласен выступить в качестве одного из спонсоров очередных трехмесячных курсов для выпускников высших учебных заведений, изучающих право международной торговли, которые должны быть организованы Высшим институтом европейских исследований и Международным учебным центром МОТ в Турине. Обычно около половины участников таких курсов направляет Италия, а значительную часть остальных

участников – развивающиеся страны. На этих курсах основное внимание Секретариата ЮНСИТРАЛ будет уделено вопросам согласования законов в области права международной торговли с позиции ЮНСИТРАЛ и с учетом его прошлой и настоящей деятельности. Можно надеяться, что по меньшей мере один из слушателей этих курсов примет участие в программе стажировок Организации Объединенных Наций при ЮНСИТРАЛ. Программа стажировок обсуждается ниже в пунктах 24 и 25.

23. Кроме того, как и все последние семь лет Секретариат был одним из спонсоров десятого учебного Международного торгового арбитражного разбирательства памяти Виллема К. Виса в Вене со 2 по 8 апреля 2004 года. Основным организатором учебного разбирательства является Институт международного торгового права при юридическом факультете Пейсовского университета. Благодаря широкому международному участию, а в 2004 году в проведении этого мероприятия участвовало 136 групп из 42 стран, учебное разбирательство является прекрасным способом распространения информации о единообразных правовых текстах и обучения в области права международной торговли. В этом году Секретариат, как и в прошлые годы, предложил курс лекций для участников учебного разбирательства.

VIII. Программа стажировок

24. Программа стажировок призвана предоставить молодым юристам возможность ознакомиться с работой ЮНСИТРАЛ и расширить свои знания в конкретных областях права международной торговли. За минувший год Секретариат принял девять стажеров из Аргентины, Венесуэлы, Мексики, Тринидада, Туниса и Швеции. Стажеры получают возможность решать задачи в таких областях, как фундаментальные и углубленные исследования, сбор и систематизация информации и материалов и оказание помощи в подготовке справочной документации. ЮНСИТРАЛ имеет положительный опыт работы по программе стажировок. Однако, поскольку Секретариат не располагает средствами для оказания стажерам помощи в виде компенсации их путевых и иных расходов, эти расходы приходится брать на себя организации, университету или правительственному учреждению, или стажеры вынуждены покрывать эти расходы из собственных средств, в результате участие стажеров из развивающихся стран является ограниченным. В этой связи Комиссия, возможно, пожелает предложить государствам–членам, университетам и другим организациям последовать примеру тех, кто уже делает это, и рассмотреть возможность финансирования участия молодых юристов, особенно из развивающихся стран, в программе стажировок Организации Объединенных Наций при ЮНСИТРАЛ.

25. Кроме того, Секретариат периодически удовлетворяет просьбы ученых и специалистов в области права, которые желают в течение определенного времени заниматься исследовательской работой в юридической библиотеке ЮНСИТРАЛ.

IX. СТАТУС ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ

Статус конвенций и типовых законов

(A/CN.9/561) [Подлинный текст на английском языке]

Не воспроизводится. Обновленный перечень может быть получен в Секретариате ЮНСИТРАЛ, или с ним можно ознакомиться в сети Интернет по адресу: *www.uncitral.org*.

X. КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО

A. Записка Секретариата о координации работы: деятельность международных организаций в области обеспечительных интересов

(A/CN.9/565) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Введение	1–2
Текущая деятельность международных и региональных организаций в области обеспечительных интересов	3–32
A. ЮНСИТРАЛ	3–5
1. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле	3
2. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам	4–5
B. УНИДРУА	6–9
1. Конвенция УНИДРУА по международным факторным операциям	6–7
2. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования	8
3. Проект правил УНИДРУА относительно ценных бумаг, хранящихся у посредника	9
C. Гаагская конференция по международному частному праву	10
D. Европейский банк реконструкции и развития	11
E. Азиатский банк развития	12
F. Организация американских государств	13
G. Всемирный банк	14
H. Европейский союз	15–32
1. Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам	15–19
2. "Зеленый документ" Европейской комиссии о преобразовании Римской конвенции в инструмент Сообщества и о его модернизации	20–25
3. Выводы	26–32

I. Введение

1. На своей четырнадцатой сессии Комиссия в целях дальнейшего укрепления своей координирующей роли приняла решение поручить Секретариату через определенные промежутки времени выбирать для рассмотрения какую-либо конкретную область и представлять доклад о работе других организаций в этой области[1]. В прошлом году для такого обсуждения Комиссией Секретариат избрал закон о закупках товаров (работ) и услуг (см. A/CN.9/539 и Add.1). В этом году выбор пал на область обеспечительных интересов.

2. Цель настоящего документа состоит в том, чтобы представить и распространить информацию о деятельности международных организаций в области обеспечительных интересов, с тем чтобы содействовать координации текущих мероприятий, проводимых различными организациями, и разъяснению взаимосвязи между подготовленными текстами.

II. Текущая деятельность международных и региональных организаций в области обеспечительных интересов

A. ЮНСИТРАЛ

1. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле

3. В 2001 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла Конвенцию Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (далее – "Конвенция ООН об уступке"). Конвенция ООН об уступке устраняет правовые препятствия на пути использования уступки дебиторской задолженности в качестве инструмента, обеспечивает унифицированный свод правил в отношении прав должника и содержит свод единообразных коллизионных норм в отношении права, применимого к процедуре наступления уступки по задолженности в отношении третьих лиц и урегулирования споров по поводу приоритетности требований.

2. Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам

4. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия приняла решение поручить одной из своих рабочих групп разработку "эффективного правового режима обеспечительных прав…"[2]. Рабочая группа VI в своей работе исходила из того, что вопросы обеспечительных интересов по торговой дебиторской задолженности будут рассматриваться в руководстве для законодательных органов, находящемся в стадии разработки. В связи с этим возникает вопрос о взаимосвязи между Конвенцией и данным руководством.

5. В тех случаях, когда какой-либо вопрос охватывается Конвенцией ООН об уступке, рекомендации руководства для законодательных органов основываются на принципах, кодифицируемых в Конвенции. Если же какой-либо вопрос выходит за рамки Конвенции ООН об уступке, рекомендации руководства дополняют Конвенцию. Если тот или иной вопрос в Конвенции ООН об уступке затрагивается только в плане применимых к нему коллизионных норм, рекомендации руководства содействуют применению Конвенции в том смысле, что они содержат нормы материального права, на которые ссылается Конвенция.

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 17* (A/36/17), пункт 100.

[2] *Там же*, пункт 351.

В частности, в вопросе права, применимого к действиям в отношении уступки по задолженности третьих лиц и к приоритетности такой уступки, определяемого Конвенцией как право государства, в котором находится цедент (см. статью 22), рекомендации руководства призваны обеспечить применимые нормы материального права. Тем не менее государствам, которые примут внутреннее законодательство, основанное на рекомендациях данного руководства для законодательных органов, необходимо будет принять и Конвенцию, поскольку она обеспечивает более высокий уровень унификации.

B. УНИДРУА

1. Конвенция УНИДРУА по международным факторным операциям

6. В 1988 году Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА) завершил подготовку Конвенции УНИДРУА по международным факторным операциям (далее – "Конвенция УНИДРУА по факторингу"). Хотя Конвенция ООН об уступке построена на Конвенции УНИДРУА по факторингу, каждая из этих двух конвенций имеет свою сферу применения и охватывает свой круг вопросов. Тем не менее обе конвенции, будучи примененными к одним и тем же контрактам по факторным операциям, могут при этом привести к разным результатам. По этой причине в пункте 2 статьи 38 Конвенции ООН об уступке специально оговаривается, что в случае такого противоречия Конвенция ООН об уступке имеет преимущественную силу по отношению к Конвенции УНИДРУА по факторингу. Чтобы не оставалось никаких сомнений на этот счет, в том же пункте 2 статьи 38 Конвенции ООН об уступке далее утверждается очевидное, а именно, что в той мере, в какой Конвенция ООН об уступке не применяется к правам и обязательствам должника (поскольку должник не находится в государстве, являющемся участником Конвенции ООН об уступке, или поскольку право, которое регулирует первоначальный договор, лежащий в основе уступки дебиторской задолженности, не является правом государства – участника Конвенции ООН об уступке), она не препятствует применению Конвенции УНИДРУА по факторингу в отношении прав и обязательств должника.

2. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования

7. В 2001 году УНИДРУА и Международная организация гражданской авиации (ИКАО) завершили разработку Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (далее – "Конвенция о подвижном оборудовании") и Протокола по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (далее – "Протокол по авиационному оборудованию"). Конвенция о подвижном оборудовании и Протокол по авиационному оборудованию могут применяться к уступке связанных с объектом прав, в том числе прав на получение платежа в погашение дебиторской задолженности, которые обеспечены или связаны с объектом, регулируемым Конвенцией о подвижном оборудовании или протоколами к ней [см. статьи 1 c) и 31]. Таким образом, Конвенция ООН об уступке и Конвенция о подвижном оборудовании и протоколы к ней могут применяться к одним и тем же сделкам и приводить при этом к разным результатам. По этой причине пункт 1 статьи 38 Конвенции ООН об уступке гласит, что она "не имеет преимущественной силы по отношению к любому международному соглашению, которое уже заключено или может быть заключено и которое прямо регулирует сделки, которые в противном случае регулировались бы настоящей Конвенцией". По той же причине статья 45 bis Конвенции о подвижном оборудовании предусматривает, что эта Конвенция имеет преимущественную силу перед Конвенцией ООН об уступке "в части,

касающейся уступки дебиторской задолженности, имеющей отношение в качестве связанных с объектом прав к международным гарантиям на авиационные объекты, железнодорожный подвижной состав и космические средства"[3].

8. Взаимодействие между Конвенцией о подвижном оборудовании и Протоколом по авиационному оборудованию, с одной стороны, и национальным законодательством, принятым в развитие рекомендаций проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, с другой стороны, аналогично взаимодействию между этими документами и любым другим внутренним законодательством об обеспеченных сделках. Хотя Конвенция и Протокол не исключают появления обеспечительных прав в рамках национального законодательства, международные интересы, которые они порождают, как правило, дают кредитору преимущественные права по сравнению с исключительно внутренними обеспечительными интересами[4].

3. Проект правил УНИДРУА относительно ценных бумаг, хранящихся у посредника

9. В 2001 году УНИДРУА учредил Исследовательскую группу для разработки унифицированных материально-правовых норм относительно ценных бумаг, хранящихся у посредника. На своей четвертой сессии, состоявшейся в марте 2004 года, Исследовательская группа рассмотрела проект будущей конвенции. Документ, который готовит УНИДРУА, не будет противоречить Конвенции ООН об уступке, поскольку Конвенция ООН об уступке предусматривает, что она не применяется к передаче обеспечительных прав в ценных бумагах [см. пункт 2 e) статьи 4]. Аналогичным образом, этот документ не будет противоречить рекомендациям, которые планируется включить в руководство для законодательных органов по обеспеченным сделкам, разрабатываемое ЮНСИТРАЛ, в силу того, что руководство не охватывает обеспечительные права в отношении ценных бумаг. Вопросы, связанные со средствами, иными чем ценные бумаги, должны быть рассмотрены в контексте документа УНИДРУА. Аналогичным образом, работу с ценными бумагами в качестве средств при уступке задолженности (или в качестве части обеспечительных интересов во всех активах должника) необходимо обсудить в контексте руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов.

C Гаагская конференция по международному частному праву

10. В 2002 году Гаагская конференция по международному частному праву завершила подготовку Конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении ценных бумаг, хранящихся у посредника. Между этим текстом и Конвенцией ООН об уступке не может быть противоречия, поскольку последняя не применяется к уступкам дебиторской задолженности в форме ценных бумаг [см. пункт 2 e) статьи 4]. По этой же причине не может быть противоречия между этим текстом и руководством для законодательных органов, разрабатываемым в настоящее время ЮНСИТРАЛ (о режиме ценных бумаг в качестве поступлений при уступке задолженности или в качестве части обеспечительных интересов во всех активах должника см. пункт 9 ad finem).

---

[3] См. http://www.unidroit.org.

[4] См. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific To Aircraft Equipment (Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования и Протокол по авиационному оборудованию к этой Конвенции), Official Commentary by Professor Sir Roy Goode CBE, QC, Rome September 2002, para. 22.

D. Европейский банк реконструкции и развития

11. В 1994 году Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) подготовил Типовой закон об операциях с обеспечением[5]. В 1997 году ЕБРР разработал десять Основных принципов современного законодательства об операциях с обеспечением[6]. Эти принципы стали основой для оценки законодательной базы той или иной страны в области обеспеченных сделок и выявления необходимости в изменении законодательства. В настоящее время ЕБРР рассматривает вопрос о разработке свода руководящих принципов относительно реестров обеспечительных интересов. ЕБРР также оказывает техническую помощь странам своего региона в проведении законодательных и институциональных реформ в области обеспеченных сделок. Ожидается, что в будущем руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам будут учтены и получат дальнейшее развитие положения Типового закона ЕБРР, а также Свод принципов и руководство относительно реестров обеспечительных интересов.

E. Азиатский банк развития

12. В 2000 году Азиатский банк развития (АБР) опубликовал руководство по реформированию законодательства об обеспеченных сделках в Азии[7]. В 2002 году АБР опубликовал Руководство по ведению реестров движимого имущества[8]. Ожидается, что в будущем руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам будут учтены и получат дальнейшее развитие положения, содержащиеся в этих публикациях.

F. Организация американских государств

13. В 2002 году Организация американских государств подготовила Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках[9]. Ожидается, что в будущем руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам будут учтены и получат дальнейшее развитие положения данного Типового закона.

G. Всемирный банк

14. Всемирный банк в настоящее время готовит документ, озаглавленный "Принципы и рекомендации по эффективному правовому регулированию несостоятельности и защите прав кредиторов". В этом документе рассматриваются вопросы несостоятельности и обеспеченных сделок. Ожидается, что благодаря данному документу, а также руководству ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности и руководству ЮНСИТРАЛ по обеспеченным сделкам, по их завершении, будет установлена единая норма в отношении несостоятельности и прав кредиторов.

---

[5] См. http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/prin/main.htm.
[6] См. http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/modellaw/modlaw0.htm.
[7] См. http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000_2.asp?p=lawdevt.
[8] См. http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp.
[9] См. http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/documents/eng/documents.asp.

H. Европейский союз

1. Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам

15. Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, открытая для подписания в Риме 19 июня 1980 года (далее – "Римская конвенция"), также касается права, применимого к уступкам. Согласно статье 12.1, право, применяемое к договору между цедентом и цессионарием в соответствии с Римской конвенцией, определяет "взаимные обязательства цедента и цессионария в рамках добровольной уступки материального интереса, причитающегося с третьего лица". Это право определяется по выбору сторон, а в отсутствие выбора применяется право страны, с которой наиболее тесно связан договор (то есть в случае полной уступки – право страны цедента, а в случае уступки в форме ценных бумаг – страны цессионария; см. статьи 3, 4.2 и 4.5 Римской конвенции).

16. Согласно статье 12.2, право, регулирующее уступаемый интерес, "определяет возможность уступки данного права, взаимоотношения между цессионарием и должником, условия, при которых можно ссылаться на уступку для взыскания с должника, и любые вопросы относительно того, были ли выполнены обязательства должника". Таким правом является право, регулирующее первоначальный договор, по которому производится уступка интереса (то есть договор между цедентом и должником), а именно право, выбранное цедентом и должником, а в отсутствие выбора – право той страны, с которой наиболее тесно связан первоначальный договор (например, в случае договора купли-продажи – право страны продавца/цедента).

17. Статьи 28 и 29 Конвенции ООН об уступке почти идентичны статье 12 Римской конвенции. В статьях 22 и 30 Конвенции ООН об уступке определяется право, применимое к шагам, которые необходимо предпринять для наступления уступки прав в отношении третьей стороны, и регулируется приоритет права цессионария в уступленной дебиторской задолженности в отношении прав конкурирующего заявителя требования. Эти статьи могут отличаться от статьи 12 Римской конвенции в той мере, в какой последняя определяет действие уступки в отношении третьих лиц. Этот вопрос не вполне ясен, о чем свидетельствует отсутствие в литературе и практике единого мнения о том, действительно ли статья 12 Римской конвенции касается действия уступки в отношении третьих лиц. Превалирует мнение, что статья 12 не касается этих вопросов. Однако некоторые считают, что статья 12 также распространяется и на уступки в отношении третьих лиц. Сторонники этой позиции, тем не менее, расходятся во мнении относительно того, какое право должно применяться: право, регулирующее договор уступки (статья 12.1), или право, регулирующее первоначальный договор, в рамках которого производится уступка интереса (статья 12.2).

18. Статьи 28 и 30 Конвенции ООН об уступке, а также другие автономные коллизионные нормы, содержащиеся в главе V Конвенции, носят для государств диспозитивный характер. Так, государства – участники Римской конвенции, желающие ратифицировать Конвенцию ООН об уступке или присоединиться к ней, могут заявить о том, что они не будут связаны этими статьями. Однако в отношении статьи 22 Конвенции ООН об уступке такое заявление недопустимо, поскольку в ней закреплен один из основополагающих принципов Конвенции (а именно, что приоритет определяется законом государства, на территории которого цедент осуществляет центральное руководство или обычно проживает).

19. Если исходить из того, что в статье 12 Римской конвенции определяется право, применимое к уступке в отношении третьих лиц, и данной статьей регулируются сделки, подпадающие под действие Конвенции ООН об уступке, то возникнет коллизия, поскольку в этих конвенциях вопросы приоритета

регулируются разными законами. В Конвенции ООН об уступке эта коллизия разрешается в пункте 1 статьи 38 путем ссылки на любое международное соглашение, "непосредственно регулирующее сделки, которые в противном случае регулировались бы настоящей Конвенцией". Иными словами, Римская конвенция не может иметь преимущественной силы в отношении Конвенции ООН об уступке, если считать, что она регулирует договорные обязательства в целом, а не конкретно договор уступки. Однако Римская конвенция (статья 21) содержит аналогичное положение, что вызывает сомнения в том, какая из этих конвенций имеет преимущественную силу в случае коллизии.

2. "Зеленый документ" Европейской комиссии о преобразовании Римской конвенции в инструмент Сообщества и о его модернизации

20. Европейская комиссия (далее именуется ЕК) в настоящее время рассматривает возможность пересмотра Римской конвенции с целью придать ей форму нормативных положений или директивы. ЕК опубликовала «"Зеленый документ" о преобразовании Римской конвенции в инструмент Сообщества и о его модернизации [COM (2002) 654 final] от 14 января 2003 года» (далее именуемый "Зеленый документ") и разместила его на веб-сайте ЕК, предложив государствам – членам Европейского союза, представителям промышленных кругов и сторон, которых это затрагивает на практике, высказать свое мнение по этому поводу[10].

21. Вопрос 18 "Зеленого документа" поставлен следующим образом: "Считаете ли вы, что в будущем документе должно быть оговорено право, которое следует применять в обстоятельствах, предполагающих применение уступки в отношении третьих лиц? Если да, то какую коллизионную норму вы рекомендуете?"[11].

22. В комментариях, содержащихся в "Зеленом документе" в разделе "Возможные решения" (3.2.13.3, пункт iv), говорится: "Применение права страны проживания цедента: это решение, вероятно, наиболее полно отвечает критерию предсказуемости в отношении третьих сторон. Такое решение было принято в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке требований в международной торговле [сноска 89]"[12].

23. В статье 22 Конвенции ООН об уступке принято право страны местонахождения цедента, поскольку только при таком подходе (при наличии надлежащей нормы о местонахождении) может быть разработан единый закон, причем закон, который в большинстве случаев легко определяется всеми сторонами и имеется в правовой системе, в рамках которой, по всей вероятности, против цедента будет возбуждено производство по делу о несостоятельности (также предусмотрено Регламентом ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 года относительно производства по делам о несостоятельности). Все вышеперечисленные соображения чрезвычайно важны для привлечения кредитных средств и снижения стоимости кредита, в то время как неопределенность в отношении применимого права осложняет решение этой задачи. Учитывая это, Комиссия уделила самое серьезное внимание вопросам рисков, связанных с несостоятельностью. При типичной сделке, финансируемой путем дебиторской задолженности в форме нескольких дебиторских задолженностей нескольких должников, главный риск для цессионария состоит не в том, что один из многочисленных должников может не заплатить, а в том, что кредитор цедента и, в частности, управляющий в деле о несостоятельности

[10] См. http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm.
[11] Ibid.
[12] Ibid.

цедента могут предъявить иск и добиться возмещения по всем дебиторским задолженностям.

24. Согласно Конвенции ООН об уступке, цедент находится в государстве местонахождения его коммерческого предприятия. Цедент выступает в единственном лице, и ни у одной стороны не должно возникать затруднений с определением местонахождения его коммерческого предприятия. Если цедент не имеет коммерческого предприятия, то делается ссылка на обычное место жительства этого лица. Если цедент имеет коммерческие предприятия более чем в одном государстве, местом нахождения коммерческого предприятия является то государство, в котором цедентом осуществляется центральное управление [статья 5 h) Конвенции ООН об уступке]. В подавляющем большинстве случаев можно легко определить то место, откуда цедентом осуществляется центральное управление. Подход, основанный на принципе местонахождения коммерческого предприятия цедента, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующей сделкой [см. статью 4 (2) Римской конвенции], был рассмотрен Комиссией и отклонен в силу того, что он не обеспечивал достаточную определенность (в случае уступки будущей дебиторской задолженности) и мог создать ситуацию, когда окажется применимым более чем одно право (в случае уступки неделимого интереса) и, таким образом, отрицательно сказаться на привлечении кредитных средств и снижении стоимости кредитов. Подход, основанный на принципе "по месту регистрации", был также отклонен, поскольку имеются случаи, когда возможно более одного места регистрации.

25. Кроме того, Комиссия отдавала себе отчет в том, что принятый ею подход может допускать применимость не единственного права, если цедент, совершив действия по уступке, перенесет свое центральное управление в другую страну и затем совершит вторую уступку той же дебиторской задолженности другому цессионарию. Положение, которое устраняло бы такую возможность, рассматривалось; однако Комиссия пришла к выводу, что в таком положении нет необходимости, поскольку для переноса центрального управления требуется длительное время, которое заинтересованные цессионарии могут использовать для принятия надлежащих мер предосторожности; также маловероятно, что цедент пойдет на такой перенос только для того, чтобы обманным путем заполучить средства у цессионариев посредством повторной уступки той же дебиторской задолженности.

3. Выводы

26. Комиссия может пожелать рекомендовать всемерно противодействовать тому, чтобы в пересмотренном варианте статьи 12 Римской конвенции в будущем документе Сообщества был применен подход, отличный от подхода, примененного в статье 22 Конвенции ООН об уступке.

27. Норма, закрепленная в статье 22 Конвенции ООН об уступке, скорее всего, будет способствовать росту объемов кредитных средств и снижению стоимости кредита внутри самого ЕС. Если ЕС изберет иную норму, нежели та, которая закреплена в статье 22 Конвенции ООН об уступке и которую другие страны приняли или намерены принять, будь то посредством внутреннего законодательства либо путем принятия Конвенции ООН об уступке, то такие действия приведут к сокращению объемов кредитных средств и росту стоимости кредитов не только в пределах ЕС, но и по трансграничным сделкам со странами – торговыми партнерами ЕС, которые приняли статью 22 Конвенции ООН об уступке или привели свое законодательство в соответствие с этой статьей.

28. Например, если Европейский союз и его основные торговые партнеры будут руководствоваться разными нормами в отношении права, регулирующего действие уступки в отношении третьих лиц, то в случае спора о приоритете

между конкурирующими требованиями цессионария из Соединенных Штатов и продавца из Германии, который сохраняет за собой право владения, распространяющееся на поступления от дальнейшей продажи товара, к одному и тому же спору о приоритете между конкурирующими требованиями будет применяться разное право в зависимости от того, в суде какой страны – Соединенных Штатов или Германии – рассматривается данный спор. Неопределенность относительно применимого права может затруднить заключение некоторых сделок по финансированию дебиторской задолженности или, по меньшей мере, увеличить связанные с ними расходы.

29. Кроме того, если Европейский союз примет иную норму применительно только к сторонам, находящимся в государствах – членах ЕС, это будет означать, что одно право будет применяться к спорам о приоритете между сторонами в членах ЕС и иное – к спорам между сторонами в членах ЕС и сторонами в нечленах ЕС, что создаст огромные практические трудности и повлечет большие расходы.

30. Тот же результат возможен даже в том случае, если в пересмотренном варианте статьи 12, так же как и в статье 22 Конвенции ООН об уступке, будет принят подход, основанный на праве страны цедента. Такая ситуация не исключена, поскольку в соответствии со статьей 4.2 Римской конвенции принцип наиболее тесной связи может привести к применению права, иного чем право государства, являющегося обычным местом жительства цедента или местом, откуда он осуществляет центральное управление. Например, в отсутствие прямой ссылки на право государства, в котором обычно проживает цедент или откуда он осуществляет центральное управление (см. пункт 24), к спору о приоритете между французским и американским банками, получающими уступку от французского филиала американского цедента, в соответствии с пересмотренной статьей 12 Римской конвенции может применяться право Франции (право страны, имеющей наиболее тесную связь с договором уступки), а в соответствии со статьей 22 Конвенции ООН об уступке к нему могло быть применено право Соединенных Штатов (право страны, откуда осуществляется центральное управление американской корпорацией).

31. В свете вышесказанного правительство Германии, комментируя "Зеленый документ", выразило мнение, что следует рассмотреть вопрос о целесообразности приведения в соответствие с Конвенцией ООН об уступке[13] любого возможного нового европейского законодательства относительно права, применимого к действию уступки в отношении третьих лиц. Развивая эту мысль, Институт зарубежного и международного частного права имени Макса Планка и Гамбургская группа по международному частному праву в своих комментариях рекомендовали принять подход, основанный на принципе обычного места проживания цедента или, в случае юридических лиц, места, откуда цедент осуществляет центральное управление[14].

32. В своих комментариях к "Зеленому документу" Международная торговая палата (МТП) указала: "МТП предпочла бы, чтобы данный вопрос был урегулирован в рамках Директивы о банкротстве или Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке. МТП считает, что для Европейской комиссии оптимальным вариантом решения могли бы стать получение мандата на коллективную ратификацию Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке всеми странами ЕС и исключение нынешней статьи 12 из Римской конвенции в случае ее пересмотра"[15]. Преимущество

[13] См. http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/bundesrepublik_deutschland_de.pdf.

[14] См. Rabels Zeitschrift, 67 (2003) 1, 45 и 51 и http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf.

[15] См. http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/international_chamber_commerce_en.pdf.

такого решения состоит в том, что оно не требует пересмотра статей 12 и 4.2 Римской конвенции, решает проблему по существу наиболее приемлемым образом и позволяет членам ЕС и другим государствам без задержек воспользоваться выгодами, которые они получат благодаря ратификации Конвенции ООН об уступке[16].

[16] К настоящему времени Конвенцию подписали Люксембург, Мадагаскар и Соединенные Штаты Америки. См. http://www.uncitral.org [Состояние документов].

B. Доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАЛ по проблеме международного коммерческого мошенничества (A/CN.9/555) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1–5
II.	Коммерческое мошенничество в отдельных областях, регулируемых частным правом	6–61
	A. Замечания общего характера и работа, проводимая в других международных организациях	6–8
	B. Мошенничество в банковском деле и в сфере торговли	9–13
	C. Расследование	14–19
	D. Кибермошенничество	20–24
	E. Предупредительные меры	25–29
	F. Транспорт	30–35
	G. Страхование	36–39
	H. Возврат средств	40–42
	I. Отмывание денег	43–47
	J. Несостоятельность	48–49
	K. Уголовное преследование	50–53
	L. Закупки	54–56
	M. Роль специалистов	57–58
	N. Ценные бумаги	59–61
III.	Выводы и предложения относительно будущей работы	62–71

I. Введение

1. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) поручила Секретариату подготовить исследование с описанием видов мошеннической финансовой и торговой практики в различных областях торговли и финансов для рассмотрения на одной из будущих сессий Комиссии[1]. Комиссия отметила, что многие виды мошеннической практики носят международный характер, что они оказывают значительное отрицательное экономическое воздействие на мировую торговлю, а также негативно влияют на законные инструменты, используемые в мировой торговле, и что число случаев такого мошенничества растет, особенно после появления Интернета, открывшего дополнительные возможности для мошенничества. С учетом этих соображений Секретариат созвал 2–4 декабря 2002 года в Вене, Австрия, в штаб-

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 279–290.

квартире Секретариата Комиссии совещание экспертов, с тем чтобы обсудить этот вопрос и оказать помощь в подготовке записки о возможной будущей работе для представления на следующей сессии Комиссии (A/CN.9/540).

2. На своей тридцать шестой сессии в 2003 году Комиссия имела в своем распоряжении записку Секретариата о возможной будущей работе в отношении коммерческого мошенничества (A/CN.9/540). Комиссия решительно поддержала рекомендацию Секретариата (A/CN.9/540, пункты 65–67) организовать международный коллоквиум для рассмотрения различных аспектов проблемы коммерческого мошенничества с точки зрения частного права и для обмена мнениями между различными заинтересованными сторонами, включая представителей правительственных органов, межправительственных и частных организаций, имеющих особую заинтересованность и опыт в области борьбы с коммерческим мошенничеством. Такой коллоквиум мог бы также предоставить возможность для обмена мнениями с представителями уголовно-правового и регулирующего секторов, которые ведут борьбу с коммерческим мошенничеством, и выявления тех вопросов, которые могли бы подлежать урегулированию или согласованию. Далее, получив информацию о том, что Комиссия по предупреждению преступности и уголовному правосудию могла бы силами Центра по международному предупреждению преступности Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (УНПООН) и в консультации с ЮНСИТРАЛ провести исследование соответствующих аспектов коммерческого мошенничества, ЮНСИТРАЛ обратилась к Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию с просьбой оказать помощь в проведении такого исследования, пояснив, что ее собственные ресурсы полностью задействованы в области выработки норм частного права и связанных с этим мероприятий.

3. Коллоквиум был организован в Вене 14–16 апреля 2004 года при поддержке и содействии Института международного банковского права и практики и Университета Джорджа Мейсона, а также в сотрудничестве с Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА), Организацией американских государств и Гаагской конференцией по международному частному праву (Гаагской конференцией).

4. В качестве докладчиков и участников обсуждений в рамках групп экспертов на Коллоквиуме выступили видные специалисты в каждой из обсуждавшихся областей, в позициях которых нашел отражение максимально широкий спектр подходов к проблеме коммерческого мошенничества. В числе примерно 120 участников, представлявших 30 стран, были юристы, бухгалтеры, банкиры, преподаватели высших учебных заведений и научные работники, эксперты по вопросам безопасности, должностные лица правоохранительных и регулирующих органов, а также эксперты по вопросам возврата средств, представители правительств и международных организаций, таких как Гаагская конференция по международному частному праву, Фонд ОПЕК, Лига арабских государств, Международный валютный фонд, Всемирный банк, Международная торговая палата и Североамериканская ассоциация администраторов по ценным бумагам.

5. В настоящей записке содержатся краткое изложение хода работы Коллоквиума и основных тем, которые на нем обсуждались, а также рекомендации относительно возможной будущей работы Комиссии в этой области.

II. Коммерческое мошенничество в отдельных областях, регулируемых частным правом

A. Замечания общего характера и работа, проводимая в других международных организациях

6. Имелось общее согласие в отношении того, что коммерческое мошенничество существенно подрывает международную торговлю и наносит ущерб деятельности банковско-финансовых систем и рынков. Отмечалось, что коммерческое мошенничество особенно отрицательно сказывается на положении малых и развивающихся стран и является одним из источников их нестабильности. Признавалось также, что мошенничество связано с организованной преступностью и может иметь отношение к террористической деятельности. Предполагалось, что целями Коллоквиума будут определение областей, требующих наиболее глубокого изучения, рассмотрение мер по предупреждению мошенничества, а также обсуждение вопроса о взаимодействии с Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию в проведении исследований по проблеме коммерческого мошенничества, которые могут быть предприняты в дальнейшем.

7. Обсуждался также вопрос о том, какая работа, связанная с предупреждением коммерческого мошенничества, проводится в других международных организациях. Представители УНПООН обратили внимание на ряд аспектов коммерческого мошенничества, весьма существенных в уголовно-правовом отношении, рассказали о функциях, возложенных на данное Управление и касающихся областей уголовного права и уголовного правосудия, и кратко сообщили о достигнутых Управлением успехах в деле развития международного права в указанных областях. В частности, УНПООН представило краткий отчет о том, как оно обеспечивало секретариатские услуги при проведении переговоров, завершившихся принятием Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней[2], а также недавно открытой для подписания Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции[3]. Были подчеркнуты ключевые особенности этих двух документов глобального характера, включая их универсальность, направленность на максимальное участие сторон в достижении консенсуса и привлечение специалистов-практиков к разработке соответствующих инструментов, а также присущая этим документам сбалансированность в том, что касается принятия внутригосударственных мер и положений, имеющих конечной целью возвращение активов. УНПООН проинформировало участников Коллоквиума о предстоящей тринадцатой сессии Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию, проведение которой намечено на 11–20 мая 2004 года в Вене, а также об одиннадцатом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию, который должен состояться 18–25 апреля 2005 года в Бангкоке. УНПООН сообщило, что на Африканском региональном подготовительном совещании, которое прошло в марте 2004 года в Аддис-Абебе, и на Азиатско-Тихоокеанском региональном совещании, состоявшемся в марте 2004 года в Бангкоке в рамках подготовки к одиннадцатому Конгрессу, были приняты рекомендации, в которых конкретно

---

[2] Принятые 15 ноября 2000 года в Нью-Йорке Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее; Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху; и Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему.

[3] Принята и открыта для подписания в соответствии с резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи от 31 октября 2003 года.

указывалось, что появившиеся новые виды экономических и финансовых преступлений становятся серьезной угрозой для национальной экономики государств, и было рекомендовано одиннадцатому Конгрессу изучить возможность проведения переговоров о заключении международно-правовых соглашений в этих областях. УНПООН отметило, что, как показали материалы вышеупомянутых подготовительных совещаний, дальнейшее изучение коммерческого мошенничества, его воздействия и последствий становится все более насущным. Управление заявило о своей поддержке Коллоквиума и глубокой заинтересованности в его результатах и подчеркнуло, что сделанные выводы и рекомендации помогут УНПООН в подготовке его собственной программы будущей работы.

8. Было также сообщено о соответствующей работе в рамках Гаагской конференции, при этом был сделан акцент на значении Конвенции 1961 года, касающейся апостиля[4], которая, согласно данным последних исследований, широко применяется в целях недопущения подделки подписей на государственных документах. В рамках Гаагской конференции готовится справочник по использованию апостиля, который должен выйти в свет к концу 2004 года.

B. Мошенничество в банковском деле и в сфере торговли

9. Используя в качестве примера обстоятельства недавних случаев коммерческого мошенничества в банковском деле и в сфере торговли, участники Коллоквиума обсудили ряд основных моментов, характерных как для этих случаев, так и, как было отмечено, для мошенничества в целом. На этом первоначальном этапе обсуждения был затронут ряд ключевых вопросов, которые впоследствии возникали на протяжении всего Коллоквиума.

10. В ходе обсуждения выявились два ключевых аспекта, а именно: в какой мере нестабильность характеристик сырьевых товаров может способствовать мошенничеству и насколько важно, чтобы финансовое учреждение полностью представляло все обстоятельства сделки, которую оно финансирует. В числе других проблем назывались организация и структура самих учреждений или организаций, пострадавших от мошенничества, а также то, в какой мере внутренняя конкуренция либо выплата вознаграждений или какие-то иные стимулирующие факторы могут ослабить потенциал учреждения или организации, намеченных в качестве объекта мошенничества. Помимо этого, в ряду обстоятельств, приводящих к большей уязвимости, отмечались случаи, когда финансовые учреждения проявляли особое стремление участвовать в каких-то определенных сделках или операциях, что, возможно, притупляло бдительность, а также такой фактор, как относительно короткая "корпоративная память" большинства организаций, вследствие чего через десять–двенадцать лет они вновь могут оказаться жертвами мошеннических операций. В качестве обстоятельства, особо затрудняющего выявление мошенничества, указывались случаи, когда и покупатель, и продавец товара совершали мошенничество в сговоре. Одним из отличительных признаков мошенничества в банковских или торговых операциях является, как утверждалось на Коллоквиуме, ситуация, когда сначала в деле используются законные финансовые инструменты и транспортные документы, а в последующих сделках постепенно "вводятся" документы, не имеющие никакой ценности и значения. Представляется, что важную роль в борьбе с такими вариантами мошенничества должны сыграть члены правления того или иного учреждения или банкиры, имеющие смелость признать, что они не до конца понимают суть комплексной сделки, а также

[4] Принятая 5 октября 1961 года Гаагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов.

осуществление в рамках учреждений надлежащих программ, обеспечивающих проведение предварительной экспертизы.

11. Обсуждались трудности, возникающие при судебном преследовании экономических преступлений и предъявлении гражданских исков в делах о мошенничестве. Несмотря на то что в выступлениях некоторых участников прозвучало определенное разочарование по поводу наказаний, вынесенных в результате успешных судебных преследований, присутствующие согласились с тем, что возрастает понимание масштабов ущерба, который способны причинить экономические преступления. Была выражена озабоченность по поводу отсутствия ощутимых успехов в судебном преследовании сложных дел в отношении мошенничества, которое требует большого опыта, знаний и умений всех участников судебного процесса, включая представителей обвинения, судей и присяжных заседателей. Было также высказано предположение, что одно только успешное судебное преследование преступлений, связанных с мошенничеством, не является достаточно устрашающим фактором и что, возможно, следует рассмотреть вопрос о предупреждении мошенничества в плане причин, побуждающих к совершению таких преступлений. Другими предметами обсуждения были вопросы о пределах ответственности головных компаний и их должностных лиц за мошеннические действия, совершаемые дочерними компаниями, должны ли они осуществлять реституцию, а также о том, должны ли они в обязательном порядке сообщать о фактах мошенничества.

12. Еще одной темой, подробно обсуждавшейся на Коллоквиуме, была довольно распространенная ситуация, когда в делах о мошенничестве параллельно ведутся расследования в рамках уголовного и частного права, правоприменительные действия и мероприятия по возврату средств, а также возникающие при этом трудности. Например, правоохранительные органы часто не имеют возможности предоставлять информацию, которая могла бы помочь в проведении частного расследования и возврата активов. Главное, что заботит частных субъектов, – это возврат средств, но данная сторона дела не является основным аспектом уголовно-правовых санкций. Кроме того, по общему мнению, укрепление сотрудничества между двумя сторонами, ведущими расследование, в большинстве случаев могло бы оказаться полезным для компаний в плане предупреждения и расследования преступлений, но компании нередко опасаются, что их заподозрят в склонности к совершению мошеннических действий. Высказывалось также мнение, что правоохранительные органы ввиду нехватки ресурсов иногда предпочитают, чтобы коммерческие структуры проводили свои собственные расследования. Тем не менее в пунктах 17 и 25–28, ниже, приводятся примеры взаимодействия государственного и частного секторов в борьбе с мошенничеством в области расследования и предупреждения преступлений.

13. Поднималась и проблема недостатка достоверных данных о масштабах и видах совершаемых мошенничеств. В ряду других периодически возникавших в ходе Коллоквиума тем были меры по разрушению сложившегося стереотипа о коммерческом мошенничестве как преступлении, в котором нет пострадавших, а также трудности, связанные с доказательством наличия умысла в случае мошенничества. Последняя проблема усугубляется в том случае, когда, например, представляются документы, подделанные какой-либо третьей стороной.

C. Расследование

14. В ходе заседаний, посвященных расследованию мошенничества и рассмотрению проблем, возникающих в ходе такого расследования, отмечалось, что для большинства пострадавших от мошенничества важно, чтобы были

найдены доказательства, позволяющие добиться возврата финансовых средств. Особое значение в этой связи имеет компьютерная экспертиза, с помощью которой следственные органы могут незамедлительно принять меры по сохранению активов и обнаружить доказательства других мошеннических действий, которые часто становятся очевидными после выявления первоначальных фактов мошенничества. Используя такую технику, следственные органы могут обнаруживать, сохранять и анализировать компьютерные данные, в том числе и касающиеся фактов обмана, копий документов, персональных данных мошенников и того, какими методами эти действия осуществлялись. Отмечалось, что с помощью обычных ревизионных проверок не всегда можно выявить факты мошенничества со стороны управленческого персонала, которые лежат в основе большинства случаев мошенничества с материальными ценностями.

15. В целях демонстрации некоторых следственных приемов, которые могут использоваться для отслеживания и обнаружения мошеннических действий, были представлены материалы одного конкретного дела, касавшегося случая мошенничества со стороны служащих. Данное дело продемонстрировало важность сотрудничества, особенно на ранних этапах следствия, между лицами, ведущими частное расследование мошеннических деяний, и сотрудниками правоохранительных органов. Предполагается, что значительную часть потерь компании несут в результате мошенничеств, совершаемых служащими нижестоящего уровня и другими сотрудниками либо по сговору между собой, либо во взаимодействии с посторонними лицами, и компаниям рекомендуется более тщательно проверять своих служащих и следить за их действиями.

16. Подчеркивалось, что крупные скандалы в ряде корпораций, имевшие место в недавнем прошлом, отрицательно сказались и сказываются на доверии инвесторов и внутрикорпоративной атмосфере и свидетельствуют о том, что коммерческое сообщество должно быть готово к мошенничеству в крупных масштабах. В ряде стран в порядке ответной реакции на вышеупомянутые скандалы было принято специальное законодательство и укреплены правоприменительные органы, а финансовая преступность была признана одной из наиболее серьезных проблем.

17. Участники Коллоквиума заслушали доклад, посвященный разработанной в одной из стран системе и направленной на принятие соответствующих мер в случае возникновения корпоративных скандалов подобного рода, а именно когда имеет место возврат активов с помощью гражданско-правовых средств, но не производится оценка возможностей применения уголовно-правовых санкций. Было решено не ограничиваться изданием руководящих указаний для экономических субъектов, но, избрав ключевым элементом предупреждение и уголовно-правовое подавление коммерческого мошенничества, усилить уголовное преследование корпоративной преступности. В четырех крупных финансовых центрах этой страны по решению правительства были созданы комплексные правоприменительные группы по рыночной деятельности, в задачи которых входила борьба с мошенничеством высокопоставленных должностных лиц корпораций, влиявшим на компании, акции которых котируются. В состав этих групп, функции которых состоят в том, чтобы предупреждать и предотвращать определенные виды мошенничества, прежде чем они приведут к банкротству тех или иных компаний, входят представители местных и международных правоохранительных органов, комиссий по ценным бумагам и частного бизнеса. Эти группы, взаимодействуя с органами суда и прокуратуры на местах, должны быстро устранять угрозы совершения мошенничества, оперативно взаимодействовать с правоохранительными органами и незамедлительно переходить к решению очередной потенциальной проблемы.

18. Было достигнуто общее согласие относительно важного значения предупредительной тактики, которую применяют правоохранительные органы для предупреждения и выявления фактов мошенничества, особенно учитывая общественную значимость таких операций. Отмечалось также и то, что в ходе расследования и преследования преступлений, связанных с мошенничеством, очень многое зависит от быстроты действий и что ввиду этого следственные органы будут, возможно, сосредоточивать свои действия на определенных аспектах мошенничества, а не на всех их деталях.

19. Один из конкретных видов мошенничества, с которым часто сталкиваются следственные органы в своей работе, касается "первоклассных" или "высокодоходных" банковских документов, с помощью которых мошенникам удавалось похищать крупные денежные суммы. Типичным признаком такого рода мошенничеств является наличие комплексных транзакций, имеющих международный компонент, предусматривающих нереальные нормы прибыли и другие заманчивые для инвесторов стимулы и требующих от инвесторов соблюдения высокой степени секретности. Отмечалось, что национальным правоохранительным органам удавалось проводить успешные расследования крупномасштабных мошенничеств подобного рода и что в таких расследованиях решающую роль нередко играет сотрудничество правоохранительных органов различных стран.

D. Кибермошенничество

20. На заседаниях Коллоквиума, посвященных теме кибермошенничества, участникам проекта, осуществляемого при поддержке правительства одного из государств, было предложено изучить вопрос о защите важнейших инфраструктур внутри этой страны и на международном уровне. Цель данного проекта состоит в том, чтобы повысить уровень защиты киберсетей и экономических процессов, лежащих в основе важнейших инфраструктур этой страны, и, как следствие, определить степень уязвимости компьютерных систем в отношении действий мошенников и хакеров. Были даны разъяснения, где и как пересекаются такие явления, как кибербезопасность и кибермошенничество, в условиях, когда государственные органы, деловые круги и отдельные граждане являются частью системы и каждый из них должен играть роль в предупреждении действий мошенников и хакеров.

21. Отмечалось, что компьютерные системы являются особо уязвимыми объектами для атак мошенников вследствие расширенного доступа к Интернету, что облегчает вторжение мошенников в компьютерные системы государственных органов, корпораций и отдельных граждан. Было высказано мнение, что наилучший способ избежать такого вторжения – повышение осведомленности пользователей Интернета в той части, каким образом осуществляемые ими операции могут стать объектом мошенничества.

22. Отмечалась особая важность вопросов кибербезопасности для деловых кругов, поскольку на них лежит исключительная ответственность за неразглашение персональной информации клиентов. В этих целях специалисты в области информационных технологий разрабатывают новые методы защиты информации и применения компьютерной экспертизы.

23. Участники Коллоквиума были проинформированы о том, что специалисты в области информационных технологий разрабатывают новые способы обеспечения безопасности, главным образом для применения в военных целях и в целях разведки. При этом такие технологии могут использоваться и в компьютерных системах предприятий, для того чтобы заставить потенциального мошенника поверить, что он проводит успешную операцию против предприятия,

в то время как последнее сможет собрать информацию о мошеннике и предотвратить угрозу.

24. Наряду с этим еще раз была отмечена важная роль Интернета в росте коммерческого мошенничества, поскольку он предоставляет мошенникам возможность расширять сферу своей деятельности и повышать уровень доходов. Таким образом, обеспечение безопасности в сфере Интернета имеет важное значение для предупреждения мошенничества.

E. Предупредительные меры

25. В ходе заседаний Коллоквиума, посвященных теме предупреждения мошенничества, его участники были ознакомлены с новым подходом к предупреждению коммерческого мошенничества на региональном уровне. Группа должностных лиц правоохранительных органов, а также представителей государственного и частного секторов северных районов Англии образовали форум по борьбе с мошенничеством и финансовой преступностью в этом регионе. Участники Коллоквиума узнали, что Северо-восточный форум по проблеме мошенничества (NEFF) объединяет представителей государственного и частного секторов, а также правительственных ведомств и международных учреждений и в течение года проводит в различных местах совещания, на которых обсуждаются вопросы предупреждения преступности. Кроме того, NEFF организует серию семинаров-практикумов и курсов с целью ознакомления представителей государственного и частного секторов с проблемой коммерческого мошенничества. Участники NEFF согласились с тем, что мошенничество представляет собой международную проблему; при этом они убеждены, что успешное решение этой проблемы зависит от борьбы с коммерческим мошенничеством на местном уровне.

26. С момента своего образования в 2003 году NEFF поставил перед собой цель найти практические решения проблемы борьбы с коммерческим мошенничеством, а также – путем проведения показательных уроков и семинаров-практикумов – обучить специалистов, работающих в данной области. В число долгосрочных целей NEFF входят изучение мошенничества как явления и оценка его параметров, сокращение его масштабов в регионе и оказание другим регионам страны и на мировом уровне помощи во внедрении модели взаимоотношений государственного и частного секторов, принятой в рамках Форума. Высказывались предложения относительно возможного объединения в будущем форумов подобного рода в один международный форум, в рамках которого любой регион мог бы попытаться решить свои проблемы, связанные с мошенничеством, во взаимодействии с другими регионами в деле сокращения глобальных последствий мошенничества.

27. Международная торговая палата (МТП) предоставила обновленные данные по оценке воздействия коммерческого мошенничества на мировую экономику. В качестве примера была взята Австрия; было подсчитано, что потери этой страны от мошенничества составляют примерно 3–4 млрд. евро, то есть 5–10% ее валового внутреннего продукта. Представляется, что эти данные даже могут оказаться заниженными, поскольку регистрируется всего лишь 3–5% случаев мошенничества. Также указывалось, что у МТП имеются хорошо налаженные связи с государственным и частным секторами, в частности в Австрии, которые Палата использует в целях предупреждения коммерческого мошенничества. Далее было высказано мнение, что делу предупреждения коммерческой преступности может также способствовать и более глубокое изучение системных процессов, которые предоставляют возможности для мошенничества и стимулируют его.

28. Ряд участников Коллоквиума заинтересовались моделью, представленной NEFF. Но при этом была высказана озабоченность в отношении пределов, в каких государственный и частный секторы могут обмениваться полученной информацией открытого и закрытого характера. В данном случае, как представляется, можно опираться на местное законодательство, а также на меморандумы о взаимопонимании, заключенные между различными организациями – участницами NEFF.

29. В ходе этих заседаний поднимались и вопросы о том, можно ли дать определение понятию коммерческого мошенничества, и если можно, то каково оно. Несмотря на то что, согласно доктринам общего права, определяющим мошенничество по деликтному и договорному праву, применение мер принуждения и возврат имущества возможны и без использования механизмов уголовного права, коммерческое мошенничество обычно предполагает наличие параметров, связанных как с уголовным, так и с гражданским правом, вследствие чего, как отмечали выступающие, представляются необходимыми оба механизма, обеспечивающие частному сектору возможность охранять, защищать и закреплять свои права в случае существенных отклонений от общепринятых норм надлежащего коммерческого поведения. Более подробно о трудностях определения этого понятия говорится в пункте 64, ниже.

F. Транспорт

30. Заседания Коллоквиума, посвященные проблеме мошенничества на транспорте, начались с обсуждения мошенничества на морском транспорте. Отмечалось, что морские перевозки представляют собой благодатную почву для деятельности мошенников, поскольку в этой области заключаются сделки комплексного характера и используются оборотные документы. Мошенничества могут иметь место (особенно в условиях недостаточной юридической определенности) в отношении четырех основных коммерческих требований, предъявляемых к оборотным документам: надежности грузоотправителя и перевозчика; достоверности содержания документа (особенно описания товара); исключительных прав держателя документа; и наличия документа в тот момент, когда он необходим в месте доставки товара.

31. Участники Коллоквиума были проинформированы о том, как эти проблемные вопросы предполагается решать в документе о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов, проект которого в настоящее время обсуждается в Рабочей группе III (Транспорт) ЮНСИТРАЛ (проект документа).

32. В положениях этого проекта документа в том виде, в каком он существует в настоящее время, содержатся требования о том, чтобы перевозчик был надлежащим образом определен и его местонахождение могло быть установлено, в отсутствие чего перевозчиком считается судовладелец, а также о том, что совместная ответственность фактического перевозчика и перевозчика по договору должна означать, что взыскание может быть обращено на активы фактического перевозчика. Будут четко конкретизированы обязательства перевозчика, которыми должны предусматриваться его виновная ответственность и перенос на него бремени доказывания, вследствие чего можно будет более эффективно применять к перевозчику меры взыскания, которые должны быть более предсказуемыми для продавцов и банков. Кроме того, будут более конкретно определены и классифицированы по категориям грузоотправители и более четко прописаны их обязательства и ответственность, что, как предполагается, должно сузить возможности искажения фактов в целях мошенничества.

33. В проекте документа предпринимается также попытка детально регламентировать – в целях максимально возможного устранения существующих

в настоящее время неопределенностей – содержание соответствующей документации. Кроме того, освещается вопрос передачи прав, предусмотренных в оборотных документах, а также осуществления этих прав во взаимосвязи с соответствующими обязанностями. Другие предусмотренные в проекте документа новации включают положения о праве контроля, в том числе права требования поставки товара до его прибытия в место назначения, а также о праве на замену грузополучателя каким-либо другим лицом. Оба эти права имеют важное значение в плане обеспечения интересов не получившего платежа продавца или банка и могут действовать даже в случае полного отсутствия какой-либо документации. На грузополучателя возлагается обязанность, если он пользуется какими-либо правами по договору перевозки, получить товар, а держатель коносамента имеет исключительное право принять поставленную партию товара после ее доставки в место назначения. Помимо этого, в проекте документа признается необходимость защиты невиновного держателя коносамента: он теряет принадлежащие ему права на товар лишь в том случае, если удастся доказать, что он мог знать о том, что товар, возможно, уже был поставлен. Однако могут существовать и другие права помимо права на принятие поставки, если этот документ является результатом договорных или каких-либо иных соглашений, заключенных до поставки. Наконец, в проекте документа предусматривается также возможность электронной транспортной документации, в том числе оборотных документов. С помощью этих и ряда других мер в проекте документа предпринимается попытка внести ясность в неопределенные правовые условия, которые позволяют процветать транспортному мошенничеству.

34. Помимо сложностей, связанных с используемой в сфере морской торговли документацией, к числу факторов, еще более осложняющих борьбу с транспортным мошенничеством, обычно относят международный характер заключаемых сделок, тот факт, что перевозка может являться лишь частью определенного договора купли-продажи, а также то обстоятельство, что звеньями договорной цепочки часто являются несколько покупателей и продавцов.

35. По поступившим сообщениям, в одной только авиатранспортной отрасли в 2002 году было выявлено убытков более чем на 300 млн. долл. США; в целом же общие потери от мошенничества за этот период оцениваются в 1,5 млрд. долл. США. Мошенничество на воздушном транспорте определяется как любое деяние, в результате которого перевозчик лишается законных доходов и которое совершается без ведома или согласия перевозчика. Обычно такие потери возникают в результате нарушений и других мошеннических действий в сфере продажи и покупки билетов, а также полетной отчетности по программе "частый пассажир", кредитных карточек и оформления билетов. В очередной раз в авиатранспортной отрасли наглядно проявились трудности борьбы с этими видами мошенничества, что обусловлено трансграничным характером операций; проблема усугубляется еще и наличием Интернета и применением электронного распространения. Представители авиатранспортной отрасли выразили свою уверенность в том, что только сотрудничество способно защитить предприятия от мошенничества, а также свою искреннюю готовность взаимодействовать с другими участниками в борьбе с мошенничеством.

G. Страхование

36. В ходе заседаний, посвященных проблеме мошенничества в сфере страхования, участники Коллоквиума были проинформированы о том, что разновидностями мошенничества, совершаемого при страховании, могут быть такие действия, как подача сфальсифицированных или завышенных претензий о выплате страховки либо, в случаях реальных убытков, корыстное использование

факта отсутствия свидетелей или доказательств. Более сложные виды мошенничества в сфере страхования могут включать отмывание денег на законных страховых рынках путем направления страховых премий по цепочке законно действующих страховых и перестраховых компаний с конечным получением этих премий перестраховой компанией мошенника. Фактором, осложняющим борьбу с мошенничеством в сфере страхования, является то обстоятельство, что, согласно принятым в страховых полисах формулировкам, страховые компании должны доказывать факты мошенничества вне всякого обоснованного сомнения, но не обладают для этого теми полномочиями, которые имеют правоохранительные органы. К тому же в области мошенничества в сфере страхования особенно ощутима взаимосвязь между гражданско-правовым и уголовно-правовым аспектами мошенничества, а как указывалось выше, в пункте 12, обмен информацией и сотрудничество между двумя сторонами может быть ограниченным; нередко соперничество приоритетов между уголовным наказанием и финансовой реституцией. К другим факторам, осложняющим проблему мошенничества в сфере страхования, относятся вопросы защиты данных и прав человека, а также необходимость поддерживать с клиентами нормальные деловые отношения, не став при этом жертвой мошенничества.

37. Далее был поднят вопрос о том, как компании страхуют себя от убытков, связанных с мошенничеством и экономическими преступлениями. Отмечалось, что ответ зависит от того, какие решения по управлению рисками принимаются той или иной компанией, и что возможна ситуация, когда, оценив возможные экономические потери в результате коммерческого мошенничества, компания примет решение вообще не страховать подобные риски.

38. Когда страховая компания становится жертвой мошенничества, ей зачастую бывает трудно доказать факт мошенничества в суде и добиться возмещения понесенных ею убытков. Подчеркивалось также, что этим компаниям трудно разъяснять присяжным порядок действия обычного страхового полиса, а также то, какие аспекты той или иной конкретной сделки носили мошеннический характер.

39. Высказывались мнения, что мошенничества в сфере страхования могут затрагивать и другие области, представляющие интерес для правоохранительных или регламентирующих органов, которые имеют возможность оказывать помощь в расследовании случаев мошенничества. Например, перепродажа полисов страхования жизни обреченным на смерть больным при содействии посредников или каких-либо "инвесторов" может закончиться тем, что этим фактом заинтересуются структуры, занимающиеся регулированием ценных бумаг, или же следственные органы. Данный случай приводился в качестве еще одного примера, когда сотрудничество государственного и частного секторов может ускорить действия по борьбе с мошенниками и повысить их эффективность.

H. Возврат средств

40. Участники Коллоквиума обсудили также важную проблему возврата активов после выявления факта мошенничества. Был предложен ряд конкретных практических принципов, позволяющих хозяйствующим субъектам быстро возвращать свои активы, до того как они будут полностью распылены и утрачены. В числе таких практических принципов – быстрота действий; готовность идти на риск в ходе расследования; взаимодействие с экспертами, доказавшими свою надежность; использование современных технологий; организация, поддержка и привлечение сообществ специалистов; а также одновременное применение норм гражданского и уголовного права.

41. Хозяйствующим субъектам также было рекомендовано рассмотреть вопрос о применении как традиционных, так и нетрадиционных способов возвращения активов. Например, предлагалось тщательно выбирать виды исков, которые позволят хозяйствующим субъектам быстрее вернуть свои активы, а также конкретный вид исков, который может оказаться более эффективным для возвращения активов в той или иной конкретной стране. Высказывалось мнение, что было бы полезно в плане возвращения активов, учитывая возможные различия в процессуальных правилах, поддерживать отношения с юристами, работающими в различных правовых системах. Наряду с этим должны применяться и частные методы отслеживания и принуждения, особенно в тех странах, где сотрудничество с судебными органами либо не принято, либо не приносит желаемых результатов. В качестве еще одного механизма получения информации и возвращения активов можно использовать предъявление исков страховым компаниям и отдельным лицам либо организациям, которые управляют структурами, созданными с целью распыления активов. Подчеркивалось также значение использования судебно-компьютерной экспертизы при отслеживании движения активов и выявлении фактов мошенничества.

42. С учетом того что активы нередко переправляются в другие государства, одной из серьезных проблем было названо отсутствие взаимности в отношениях между различными юрисдикциями в плане возвращения средств. Несмотря на пользу, которую в определенных обстоятельствах приносят договоры о взаимной правовой помощи, предлагалось тем не менее в целях оказания хозяйствующим субъектам более эффективного содействия в возвращении активов поощрять расширение сотрудничества по правовым вопросам; при этом приводились цитаты из Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, в частности цитировались положения, касающиеся взаимодействия судебных органов. Наряду с этим отмечалась та огромная польза в деле возвращения активов, которую может принести расширение сотрудничества между государственным и частным секторами. Еще одним фактором, осложняющим возвращение активов, является банковская тайна, на которую часто ссылаются как на основание для отказа в сотрудничестве. Было также высказано мнение, что для пресечения мошенничества необходимо перестать терпимо относиться к коррупции на низших уровнях и к коррупции в судебных органах. Одновременно с этим указывалось, что соответствующие положения о возвращении активов содержатся в конвенциях Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и против коррупции (см. пункт 7, выше).

I. Отмывание денег

43. В ходе заседаний, посвященных проблеме отмывания денег, отмечалось, что на первоначальном этапе нормы об отмывании денег, принятые на международном уровне, имели своей целью возвращение доходов, полученных от незаконного оборота наркотиков. Однако недавно международные организации признали, что отмывание денег представляет отдельную проблему и в правовом плане также должно рассматриваться отдельно.

44. Первый свод норм, которые страны должны были соблюдать в отношении отмывания денег, содержался в Сорока рекомендациях по борьбе с отмыванием денег Целевой группы по финансовым мероприятиям и представлял собой всеобъемлющую основу для борьбы с отмыванием денег и финансированием терроризма. В данных рекомендациях содержался набор стандартов и процедур, которым должны следовать страны-члены, устанавливая свои правила борьбы с отмыванием денег и финансированием терроризма и осуществляя соответствующие меры. В рекомендациях дано расширенное определение

противоправных деяний, доходы от которых должны подпадать под действие норм, направленных против отмывания денег. Кроме того, эти нормы устанавливают основы международного сотрудничества и оказания международной помощи.

45. Помимо этого, в принятой недавно Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности дается определение понятия "отмывание денег", включающее широкий круг противоправных деяний, причем не только преступления, связанные с наркотиками, но и все другие тяжкие преступления. Положения этой Конвенции распространяются на случаи, касающиеся отмывания имущества, равно как и наличности.

46. Подчеркивалась важность того, чтобы банки следили за счетами своих клиентов и знали, кем они являются. Банки могут отслеживать определенные виды сделок в обычном порядке, но недавно появились усовершенствованные технологии, позволяющие контролировать подозрительные сделки в целом. Компании также должны контролировать свои счета и транзакции, обращая внимание на те, которые вызывают подозрение либо могут быть связаны с мошенничеством. Кроме того, средством защиты от определенных действий может стать проведение предварительного обследования, поэтому важно, чтобы банк или предприятие были способны продемонстрировать, что они разработали надлежащие процедуры и механизмы, которые должны служить целям их самозащиты.

47. Была отмечена взаимосвязь таких явлений, как терроризм, отмывание денег и мошенничество. Участники Коллоквиума, далее, были проинформированы о том, что Международный валютный фонд недавно принял решение включить проблему отмывания денег в сферу своей постоянной деятельности и разработал методику, позволяющую оценить достаточность процедур, принятых той или иной страной в целях борьбы с отмыванием денег.

J. Несостоятельность

48. На заседаниях, посвященных вопросу несостоятельности, отмечалось, что эта проблема усугубляется, когда одним из ее аспектов становится мошенничество, и что существуют две главные области, где мошенничество и несостоятельность накладываются друг на друга. Первая область касается случаев, когда несостоятельность является следствием мошенничества, а вторая – это та область, где юридические инструменты, применяемые в делах о несостоятельности, могут помочь в борьбе с коммерческим мошенничеством и в отслеживании путей перемещения фондов, например в том, что касается исполнительных полномочий, возможностей управляющего конкурсной массой аннулировать определенные сделки, а также в других отношениях подобного рода. При этом, однако, отмечалось, что нормы о несостоятельности принимались для того, чтобы предоставить кредиторам возможность выносить обоснованные решения относительно своих дальнейших действий, и что с практической точки зрения нецелесообразно принимать конкретные нормы о несостоятельности, которыми регулировались бы случаи, связанные с мошенничеством.

49. Указывалось, что некоторые страны имеют правовые основы для борьбы с мошенничеством в делах о несостоятельности, но им необходимо усовершенствовать порядок применения этих норм, усилить контроль за тем, насколько правомерно используются соответствующие юридические инструменты, а также обеспечить наличие кадров специально подготовленных и соблюдающих должную бдительность специалистов по делам о несостоятельности, включая судей. Участники Коллоквиума вновь указали на

важное значение соблюдения международной вежливости, осуществления координации и сотрудничества между государственным и частным секторами в борьбе с мошенничеством, связанным с несостоятельностью. Подчеркивалось, что весьма ценным и полезным в этом отношении является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[5], который содержит конкретные положения, способствующие взаимному признанию, содействию и сотрудничеству между правовыми системами в тех случаях, когда субъект, объявляющий о своей несостоятельности, имеет активы или долги более чем в одном государстве. Было также отмечено, что эффективность этого Типового закона существенно возрастет, если он будет принят как можно бóльшим числом государств.

K. Уголовное преследование

50. В ходе заседаний, посвященных проблеме уголовного преследования мошенничества, было вновь отмечено, что одной из главных проблем, с которой сталкиваются работники следственных органов и прокуратуры, является то обстоятельство, что факты мошенничества часто являются труднодоказуемыми по той причине, что, с одной стороны, ограничен доступ к доказательствам, а с другой – вследствие изощренности применяемых методов. Кроме того, для получения прокурором доказательств и информации о той или иной сделке необходимо сотрудничество с зарубежными правительственными органами и учреждениями, но установить такое сотрудничество нередко бывает довольно трудно.

51. При рассмотрении высокодоходных мошенничеств было отмечено, что определенные моменты в сделках подобного рода являются типичными и их можно определить либо с помощью экспертов, либо путем сравнения мошеннических сделок с законными. Так, например, во многих сделках мошеннического характера используются такие выражения, как "не связанные с оговорками и необремененные средства некриминального происхождения", "высокодоходные капиталовложения", "среднесрочные ценные бумаги" или "десять ведущих мировых банков". В таких схемах, для того чтобы убедить потенциальную жертву в подлинности совершаемой сделки, часто используется репутация легитимных международных организаций или соответствующих коммерческих инструментов либо здания, производящие внушительное впечатление, или зарубежные адреса.

52. Обращалось внимание на то, что некоторые организации пытались через свои веб-сайты проинформировать о мошеннической природе таких схем или о том, что могут ненадлежащим образом использоваться названия организаций или наименования выпускаемой продукции. В число таких организаций входят Всемирный банк, Международная торговая палата и Бюро государственного долга Государственного казначейства США.

53. Наконец, представители прокурорских и следственных органов сообщили, что, несмотря на нередкое отсутствие у пострадавших от мошенничества желания признавать, что они стали жертвами таких действий, им удавалось убеждать потерпевших признавать свое трудное положение благодаря выданным местными правоохранительными органами документам, подтверждающим, что вышеупомянутые потерпевшие были соучастниками мошеннических сделок и что дальнейшая деятельность такого рода приведет к тому, что обвинения будут выдвинуты и против потерпевших.

---

[5] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/52/17), приложение I.

L. Закупки

54. На заседаниях, посвященных проблеме мошенничества в сфере закупок, высказывались мнения, что в этой сфере мошенничество может принимать две формы: внутреннее мошенничество, когда его жертвой становится сама закупающая компания, и внешнее мошенничество, когда компания способствует совершению мошенничества и становится частью этой схемы. Указывалось, что даже при в целом хорошем сотрудничестве между государственным и частным секторами в области предупреждения и раскрытия фактов внутреннего мошенничества, когда дело касается действий по предупреждению и расследованию внешнего мошенничества, ощущается недостаток предложений о помощи или побудительных мотивов. Кроме того, было отмечено, что многие многонациональные корпорации фактически способствуют экспорту мошенничества путем взяток, коррупции и надувательства в ценах. По имеющимся оценкам, общеизвестными становятся 20% случаев мошенничества в сфере закупок, еще о 20% знают только отдельные лица, а о 40% не знает никто.

55. Типичными вариантами мошенничества в сфере закупок можно назвать непредоставление услуг, несоблюдение условий договора, использование "компаний прикрытия" в целях хищения денежных средств, предложение несуществующих товаров или предложение их по завышенным ценам, а также обычное воровство. На Коллоквиуме обсуждались различные стратегии по предупреждению мошенничества и выявлению мошенников и, в частности, поднимался вопрос о необходимости разделения полномочий между сотрудниками компаний. Обсуждался еще один аспект мошенничества, связанного с закупками, а именно вариант "скользкого пути", который начинается с предоставления отдельных привилегий некоторым клиентам и постепенно перерастает в коррупцию и взяточничество.

56. Подчеркивалось и то обстоятельство, что по вопросам, касающимся закупок, ЮНСИТРАЛ проводит большую работу, довольно значительная часть которой имеет своей целью обеспечение транспарентности и беспристрастности закупочного процесса и тем самым, пусть и косвенно, способствует сокращению мошенничества или его ликвидации. В дополнение было предложено рассмотреть проблему мошенничества в процессе приватизации государственных активов.

M. Роль специалистов

57. В ходе обсуждения роли специалистов в борьбе с коммерческим мошенничеством участников Коллоквиума ознакомили с конкретным случаем, когда одна саморегламентирующаяся профессиональная организация приняла собственные меры по борьбе с мошенничеством и недобросовестностью в своей профессиональной среде. При Юридическом обществе Англии и Уэльса была создана Группа по сбору сведений о случаях мошенничества, в задачи которой входят установление связей с финансовыми учреждениями и правоохранительными органами, получение и сопоставление сведений, проведение расследований и осуществление правоприменительных действий, а также организация бюро расследований и экспертизы и приобретение опыта работы по использованию предоставленных законом полномочий с целью предупреждения нарушений. Была образована сеть из групп, представляющих государственный и частный секторы, которые должны своевременно предупреждать о возможных нарушениях, поддерживать связь между собой и оказывать друг другу помощь. Юридическое общество проявляет особый интерес к случаям мошенничества, связанным с оформлением ипотеки,

выплатами авансовых гонораров, предоставлением юридических консультаций, высокодоходными капиталовложениями и отмыванием денег.

58. Участники Коллоквиума обсудили и такой аспект проблемы, как участие в коммерческом мошенничестве специалистов, в частности юристов и бухгалтеров, которые в большой степени способствуют росту его масштабов и успеху, а также вопрос о том, что во многих местах регулятивные механизмы и внутренняя дисциплина могут функционировать в условиях, когда мошенничеством систематически занимаются специалисты. Отмечалось также, что участие специалистов в актах мошенничества порождает особые проблемы, так как способствует легитимации мошенничества, а значит, и его повторению в будущем. Предлагалось поощрять разработку типовых руководящих принципов, которые помогали бы в таких ситуациях саморегламентирующимся профессиональным организациям.

N. Ценные бумаги

59. Во время заседаний, посвященных проблематике мошенничества с ценными бумагами, говорилось о том, что, вопреки широко распространенному мнению, согласно которому самой большой проблемой здесь являются сделки с использованием конфиденциальной информации, на самом деле одной из наиболее серьезных и наносящих наибольший ущерб проблем является мошенничество в финансовой отчетности. По имеющимся сведениям, только в Соединенных Штатах Америки за период с 1997 по 2002 год Комиссией по ценным бумагам и биржам было возбуждено свыше 200 дел в отношении более чем 150 юридических и 700 физических лиц, в результате чего было наложено свыше 500 дисциплинарных взысканий за нарушение финансовой отчетности и разглашение закрытой информации. Участники Коллоквиума были проинформированы о том, что к наиболее уязвимым в отношении мошенничества областям финансовой отчетности относятся неправомерное формальное признание доходов, неправомерное формальное признание расходов и неправильное оформление отчетности при объединении компаний и что, кроме того, имеется множество других мелких нарушений.

60. К подобным нарушениям нередко бывают причастны советы директоров, которые зачастую не соблюдают конфиденциальность, ведут отчетность с повышенной степенью риска, допускают конфликты интересов, активно заключают сделки, не регистрируя их в бухгалтерских книгах, выплачивают неоправданно большие вознаграждения и не всегда проявляют должную независимость. Кроме того, в числе выявляемых аудиторами главных видов нарушений – прямое мошенничество, нарушение требований о неразглашении закрытой информации и ненадлежащее профессиональное поведение. Отмечалось также, что участие специалистов, например бухгалтеров, придает весомость мошенническим действиям и позволяет продолжать их и в дальнейшем, тогда как саморегламентирование в рамках соответствующих профессий не всегда оказывается эффективным. Из числа правоприменительных мер в таких случаях нередко используются административные процедуры, основанные на правилах регулятивных органов по работе с ценными бумагами, нередко предполагающие гражданско-правовое и уголовно-правовое преследование.

61. Участники Коллоквиума были также проинформированы о том, что регулятивными органами по работе с ценными бумагами возбуждалось и возбуждается множество дел о мошенничестве и что эти органы уже сотрудничают между собой на международном уровне, однако необходимо расширять масштабы такого сотрудничества. Было высказано мнение, что более активный обмен информацией, например информацией, содержащейся в базах

данных, также мог бы способствовать применению мер наказания и предупреждению коммерческого мошенничества.

III. Выводы и предложения относительно будущей работы

62. Было достигнуто согласие в отношении того, что Комиссия правильно поступила, созвав данный Коллоквиум по международному коммерческому мошенничеству, и что он стал первым важным шагом на пути к признанию наличия данной проблемы. Участники согласились с тем, что Коллоквиум развеял все сомнения, если они еще оставались, в том, что как явление коммерческое мошенничество широко распространено и оказывает существенное влияние на все страны, регионы, экономики и отрасли независимо от уровня их экономического развития или системы правления. Было отмечено серьезное отрицательное воздействие коммерческого мошенничества на все сферы деловых отношений, о которых шла речь на Коллоквиуме.

63. Участники согласились с тем, что обучение и профессиональная подготовка играют существенную роль в деле предупреждения мошенничества и могут помочь в решении проблем утаивания сведений в отчетности. Ресурсы системы уголовного правосудия не просто сориентированы на другие приоритетные направления правоприменительной деятельности; они не приспособлены к осуществлению просветительской деятельности в отсутствие активного сотрудничества с частным сектором. Присутствующие согласились также с тем, что предупреждение, являющееся, возможно, наиболее эффективным инструментом в борьбе с коммерческим мошенничеством, относится в первую очередь к сфере действия торгового права и механизмам саморегламентации коммерческого сообщества и находит свое выражение в стандартах, касающихся, в частности, корпоративного управления, норм профессионального поведения и ревизионных проверок. Высказывалось мнение, что особенно полезным было бы определить общие предупредительные знаки и индикаторы в отношении коммерческого мошенничества. Кроме того, в связи с явлением коммерческого мошенничества возникают вопросы, затрагивающие проблемы не только возврата доходов, полученных путем мошенничества, но и распределения рисков и убытков, а эти проблемы относятся к сфере торгового права. Во многих случаях эти проблемы переплетаются с вопросами, имеющими трансграничный характер. Присутствующие согласились и с тем, что коммерческое мошенничество оказывает огромное пагубное воздействие на развивающиеся страны, нивелируя позитивные результаты усилий международного сообщества, направленных на улучшение их экономического положения. Участники Коллоквиума выразили надежду на то, что Комиссия, в соответствии со своим мандатом и ресурсами, продолжит рассмотрение проблемы коммерческого мошенничества.

64. Несмотря на определенный прогресс в составлении общего описания коммерческого мошенничества (см. A/CN.9/540, пункты 12–26) в ходе подготовки к данному Коллоквиуму, был сделан вывод, что необходима дополнительная работа по формулированию определения, отличительных характеристик или точному описанию этого явления. Например, отмывание денег, как таковое, возможно, и не подпадает под определение коммерческого мошенничества, а коррупция может под это определение либо подпадать, либо не подпадать (в зависимости от того, какое определение дается самому понятию "коррупция"), однако оба эти понятия имеют важное значение для любой работы по проблеме коммерческого мошенничества. Отмывание денег часто является одним из последующих этапов успешного коммерческого мошенничества, а иногда может быть даже и инструментом его совершения. Коррупция – независимо от того, является ли она в техническом отношении одним из видов

коммерческого мошенничества, – также может способствовать коммерческому мошенничеству.

65. Предлагалось углубленно рассмотреть вопрос о разработке методов сбора и публикации статистических данных и информации о коммерческом мошенничестве. Допуская возможность появления некоторых трудностей в связи с закрытым характером информации, касающейся частной жизни людей, участники согласились с тем, что существуют оценки и другие цифровые данные, представленные в различной форме и в разных видах, к которым общественность может иметь доступ, например данные торговых ассоциаций, известные, как правило, лишь сравнительно малым отраслевым группам. Высказывалось мнение, что сбор таких данных будет во многом способствовать пониманию характера и масштабов коммерческого мошенничества, а также даст возможность проанализировать сравнительные затраты и выгоды, связанные с мероприятиями по предупреждению мошенничества и соответствующими правоприменительными действиями. Отмечалось также большое значение в плане борьбы с коммерческим мошенничеством широкого обнародования информации о видах мошенничества и типичных способах его совершения, а также сведений о других источниках информации.

66. Участники Коллоквиума подчеркивали особую значимость в плане предупреждения мошенничества обучения и профессиональной подготовки. Они также согласились с тем, что наиболее эффективным является сотрудничество между органами полиции и частным сектором на местном уровне, о чем свидетельствует модель NEFF, которая может с успехом применяться и в других регионах (подробнее см. пункты 25–28, выше).

67. Было достигнуто общее согласие относительно того, что Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции стали значительным достижением в развитии международного права в связи с ростом осознания важности информирования общественности с целью предотвращения коммерческого мошенничества и связанной с ним деятельности, равно как и международного сотрудничества в вышеуказанных областях и в возврате активов. Комиссия, возможно, пожелает выразить поддержку этим двум важным конвенциям и призовет государства подписать и ратифицировать их.

68. Кроме того, в свете доклада, представленного УНПООН (см. пункт 7, выше), а также с учетом недостатка достоверных данных о коммерческом мошенничестве ЮНСИТРАЛ, возможно, пожелает обратиться к Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию с предложением рассмотреть вопрос – в рамках подготовки к одиннадцатому Конгрессу Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию – о проведении силами Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности и в консультации с ЮНСИТРАЛ исследования по проблеме коммерческого мошенничества. Задачами такого исследования могут быть получение и углубление знаний об уголовно-правовых и уголовно-процессуальных аспектах коммерческого мошенничества, важность таких знаний при применении торгового права к аспектам этого явления (и наоборот), а также рассмотрение вопроса о международном сотрудничестве, необходимом для разрешения этой проблемы.

69. Принимая во внимание технический прогресс и опыт применения Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[6], в программу работы Комиссии предлагалось включить тему закупок, в том числе обзор некоторых

[6] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Corr.1), приложение I.

положений указанного Типового закона и Руководства по его применению (A/CN.9/403), проведенный Рабочей группой I (Закупки). Предлагается, чтобы на своей следующей сессии эта Рабочая группа специально выделила время для обсуждения проблемы коммерческого мошенничества в контексте добросовестного управления и искоренения коррупции. В частности, Рабочей группе предлагается пригласить докладчиков по данным вопросам из международных кредитных учреждений (в частности, Всемирного банка) и Международной федерации инженеров-консультантов, с которыми ЮНСИТРАЛ успешно взаимодействовала в прошлом.

70. Аналогичным образом, Рабочая группа III (Транспорт) могла бы использовать материалы доклада, который был представлен на Коллоквиуме, в котором содержалась краткая характеристика потенциальных угроз и масштабов коммерческого мошенничества в областях, связанных с морской торговлей и оформлением коносаментов. В свете усилий, нашедших свое отражение в проекте документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов (A/CN.9/WG.III/WP.32) и направленных на то, чтобы перекрыть различные пути проникновения в высокодоходные сферы бизнеса коммерческого мошенничества, обсуждение этой темы может представлять для данной Рабочей группы особый интерес.

71. Было также высказано мнение о том, что в свое время Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть и тему рисков коммерческого мошенничества в сфере электронной торговли. Например, можно проанализировать имеющиеся законодательные и прочие документы в области электронной торговли (в частности, типовые контракты и типовые протоколы), с тем чтобы определить, достаточно ли они жесткие в плане предотвращения мошенничества. Можно также обсудить тему регулирующего режима, предусматривающего определенные правила поведения в ситуациях, когда, например, тот или иной мошенник злоупотребляет возможностями веб-сайта с целью обмана своих потенциальных жертв, а правоохранительные органы проводят розыск Интернет-провайдера, с тем чтобы закрыть данный веб-сайт. Поучительным в этом отношении может оказаться и опыт, приобретенный вышеупомянутыми органами в аналогичных ситуациях, связанных с мошенничеством, когда было необходимо осуществить правоприменительные действия по уголовному праву и обеспечить соблюдение договорных прав, обязанностей и ответственности по торговому праву.

XI. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

Записка Секретариата о партнерских отношениях между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в том числе частным сектором: последние события в Организации Объединенных Наций и их возможные последствия для работы Комиссии

(A/CN.9/564) [Подлинный текст на английском языке]

1. Цель настоящей записки состоит в том, чтобы привлечь внимание Комиссии к докладу Генерального секретаря на пятьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи (2003 год), озаглавленному “Укрепление сотрудничества между Организацией Объединенных Наций и всеми соответствующими партнерами, в том числе частным сектором” (A/58/227)[1], а также к решению, принятому по этому докладу Генеральной Ассамблеей.

2. В своем докладе (A/58/227) Генеральный секретарь представил обзор последних событий, касающихся партнерских отношений между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами[2], и пришел к выводу о том, что установление партнерских отношений в их новаторских и разнообразных формах стало неотъемлемой частью деятельности многих организаций системы Организации Объединенных Наций и что объединения партнеров способны дополнять усилия по достижению Организацией поставленных целей, в то же время способствуя ее обновлению посредством внедрения новых методов работы[3]. В докладе также сформулированы предложения относительно путей наиболее рационального использования потенциальных преимуществ партнерств и подчеркнута необходимость продолжения усилий со стороны правительств и организаций системы Организации Объединенных Наций по поощрению и поддержке наиболее перспективных подходов и инициатив[4]. Генеральный секретарь планирует создать новое подразделение – Управление по партнерству, которое должно обеспечить в системе Организации Объединенных Наций осуществление более согласованного и систематизированного подхода к вопросу об установлении партнерских между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами.

---

[1] Доклад был представлен в рамках пункта “На пути к глобальному партнерству” повестки дня пятьдесят пятой сессии Генеральной Ассамблеи 2000 года. Тексты резолюций, принятых по данному пункту повестки дня, см. A/Res/55/215, A/Res/56/76 и A/Res/58/129.

[2] Новый импульс развитию партнерских связей между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами был придан принятием Организацией Объединенных Наций Декларации тысячелетия (резолюция 55/2 Генеральной Ассамблеи), в которой главы государств и правительств постановили, в рамках повышения эффективности Организации Объединенных Наций, предоставить частному сектору, неправительственным организациям и гражданскому обществу в целом более широкие возможности для содействия достижению целей и осуществления программ Организации (там же, пункт 30).

[3] В числе предыдущих докладов Генерального секретаря, в которых речь шла о налаживании партнерских связей в контексте реформирования и обновления Организации, см. доклад Генерального секретаря “Обновление Организации Объединенных Наций: программа реформ” (A/51/950), Мера 17; доклад Генерального секретаря “Мы, народы: роль Организации Объединенных Наций в XXI веке” (A/54/2000), раздел VI.B; доклад Генерального секретаря “Сотрудничество между Организацией Объединенных Наций и всеми соответствующими партнерами, в том числе с частным сектором” (A/56/323); доклад Генерального секретаря “Укрепление Организации Объединенных Наций: программа дальнейших преобразований” (A/57/387), раздел IV.C; а также ежегодные доклады Генерального секретаря Генеральной Ассамблее о работе Организации [A/56/1(Supp.), A/57/1(Supp.) и A/58/1(Supp.)].

[4] A/58/227, Резюме.

3. В своей резолюции 58/129, принятой по итогам рассмотрения доклада Генерального секретаря (A/58/227), Генеральная Ассамблея рекомендует соответствующим органам и учреждениям системы Организации Объединенных Наций, бреттон-вудским учреждениям, а также Всемирной торговой организации продолжить изучение возможностей расширения партнерских отношений, с тем чтобы обеспечить более полное достижение поставленных перед ними целей и осуществление их программ. В этой резолюции содержатся также политические установки относительно формулирования принципов и подходов, которыми должны руководствоваться такие партнерства[5]. В частности, предусматривается, что такие принципы и подходы должны базироваться на целях и принципах Организации Объединенных Наций, лежащих в основе Устава Организации Объединенных Наций, а общий и системный подход к партнерствам должен включать следующие принципы: i) наличие общей цели; ii) транспарентность; iii) недопущение предоставления несправедливых привилегий какому-либо партнеру Организации Объединенных Наций; iv) взаимная выгода и взаимное уважение; v) подотчетность; vi) соблюдение принятых в Организации Объединенных Наций правил; vii) сбалансированное представительство соответствующих партнеров из развитых и развивающихся стран и стран с переходной экономикой; viii) сбалансированное секторальное и географическое представительство; и ix) сохранение независимости и нейтралитета системы Организации Объединенных Наций в целом и ее учреждений в частности. Генеральная Ассамблея также подчеркивает, что партнерства должны соответствовать национальному законодательству, национальным стратегиям и планам в области развития и приоритетам стран, где они претворяются в жизнь, равно как и то, что они должны разрабатываться и осуществляться в условиях транспарентности и подотчетности. Генеральная Ассамблея также призывает все органы системы Организации Объединенных Наций, участвующие в партнерствах, сохранять специфику и независимость Организации и включать, когда это уместно, информацию о партнерствах в свою регулярную отчетность, размещать ее на веб-сайтах и распространять иными средствами.

4. С негосударственными участниками Комиссия взаимодействует уже довольно длительное время. Такое взаимодействие, как правило, выражается в том, что негосударственных участников привлекают к выработке текстов документов, подготавливаемых Комиссией, путем, в частности, привлечения представителей международных неправительственных организаций к участию в работе сессий Комиссии и заседаний ее межправительственных рабочих групп, а также к деятельности по повышению осведомленности в отношении текстов, принимаемых Комиссией, и предоставлению технической помощи, касающейся текстов ЮНСИТРАЛ. В ходе таких мероприятий неоднократно подчеркивалось, что участие международных неправительственных организаций в деятельности

---

[5] По определению Генерального секретаря, разработка общих инструментов и руководящих принципов партнерства должна стать одной из важнейших задач на будущее. До настоящего времени партнерские связи в целом регулировались внутренними директивами субъектов, входящих в состав Организации Объединенных Наций, а в основе таких директив лежали руководящие принципы сотрудничества между Организацией Объединенных Наций и деловыми кругами, принятые Генеральным секретарем в июле 2000 года (документ A/56/323, приложение III). После введения этих руководящих принципов в действие начался процесс оценки накопленного практического опыта с целью совершенствования руководящих принципов и улучшения динамики развития партнерских отношений, непременным условием которых являются обеспечение безопасности и независимости Организации. Этот процесс оценки осуществляется силами отдельной группы видных специалистов, созданной Генеральным секретарем в феврале 2003 года. Группе было поручено изучить прошлую и существующую практику в этой области, а также подготовить комплект практических рекомендаций по повышению практического значения взаимодействия гражданского общества и Организации Объединенных Наций.

Комиссии и создаваемых ею рабочих групп имеет важнейшее значение в отношении качества разрабатываемых Комиссией текстов и их принятия.

5. Управление служб внутреннего надзора (УСВН) в своем докладе по вопросу об углубленной оценке деятельности в правовой области подчеркнуло необходимость более активного привлечения негосударственных субъектов к осуществлению различных аспектов задач, возложенных на Комиссию[6]. В целях улучшения координации с организациями, работающими в области торгового права, и обеспечения согласованного подхода к общим вопросам УСВН рекомендовало секретариату Комиссии проводить ежегодные встречи с основными организациями, занимающимися вопросами торгового права, для обмена информацией и планами работы[7]. Наряду с этим Управление рекомендовало секретариату Комиссии разработать стратегию совместной работы с финансовыми учреждениями, поддерживающими связанные с торговлей программы, по расширению диапазона и масштабов оказания технической помощи в области реформы торгового права, с тем чтобы способствовать более широкому принятию и использованию текстов ЮНСИТРАЛ, а также разработать стратегию увеличения вносов в целевые фонды ЮНСИТРАЛ и изучить новые возможности финансирования со стороны частного сектора[8].

6. Как упоминается в записке Секретариата по вопросу подготовки кадров и оказания технической помощи, представленной на рассмотрение тридцать седьмой сессии Комиссии (A/CN.9/560), ресурсы ЮНСИТРАЛ были недавно укреплены с целью предоставления Секретариату возможности выполнять возложенные на него функции по оказанию технической правовой помощи, распространению информации об изменениях юридического характера в области международного торгового права, а также по эффективной и своевременной координации работы международных организаций, занимающихся вопросами международной торговли[9]. Партнерские отношения с негосударственными субъектами, включая частный сектор, могут быть весьма полезными при выполнении этих функций, особенно в том, что касается разработки совместно финансируемых мероприятий, а также в качестве источника финансирования и технического опыта. Кроме того, Комиссия, наделенная полномочиями по созыву различных совещаний, нейтральная по характеру, обладающая авторитетом и опытом, способна побудить государства и негосударственных субъектов играть более активную роль в разработке стратегических рамок, оказывая содействие дальнейшему укреплению существующих партнерских связей и предоставляя помощь в установлении новых партнерств, особенно между негосударственными участниками из развитых и развивающихся стран. Комиссия также может служить координационным центром по обсуждению вопросов партнерства, способствующих унификации и модернизации международного торгового права. К работе Комиссии могут быть привлечены и другие существующие в рамках системы Организации Объединенных Наций партнерские объединения, особенно те, которые имеют сеть отделений и представительства в различных частях мира. В их числе можно назвать Глобальный договор, который становится в настоящее время общей ценностной основой для развития партнерства между Организацией Объединенных Наций и деловым сообществом. Глобальный договор, участниками которого являются пять основных учреждений Организации Объединенных Наций (МОТ, ЮНЕП, Управление Верхового комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека, ПРООН и ЮНИДО, взаимодействующие с другими учреждениями Организации Объединенных Наций), частные компании различных стран мира,

[6] E/AC.51/2002/5.
[7] Там же, рекомендация 13.
[8] Там же, рекомендация 14.
[9] A/CN.9/560, пункт 4.

международные профсоюзные объединения, неправительственные организации и научные институты, начал свою деятельность в июле 2000 года. Договор стремится содействовать утверждению ответственной гражданской позиции корпораций путем внедрения в жизнь делового сообщества девяти универсальных принципов в области прав человека, трудовых отношений и охраны окружающей среды посредством осуществления ряда мероприятий и с помощью механизмов взаимодействия. Эти принципы были отобраны, во-первых, потому, что они были разработаны в рамках международных межправительственных соглашений, а во-вторых, потому, что в оперативном и стратегическом плане они полезны для частного сектора. Согласно этим отобранным принципам в области прав человека, деловые круги должны: i) поддерживать и уважать защиту провозглашенных на международном уровне прав человека (*Принцип 1*); и ii) обеспечивать свою непричастность к нарушениям прав человека (*Принцип 2*). В соответствии с отобранными принципами в области трудовых отношений деловые круги должны поддерживать: i) свободу ассоциации и действенное признание права на заключение коллективных договоров (*Принцип 3*); ii) искоренение всех форм принудительного или обязательного труда (*Принцип 4*); iii) эффективное искоренение детского труда (*Принцип 5*); и iv) искоренение дискриминации в области труда и занятий (*Принцип 6*). Последние три отобранных принципа охватывают вопросы охраны окружающей среды и предусматривают, что деловые круги должны: i) поддерживать подход к решению экологических проблем, основанный на принципе предосторожности (*Принцип 7*); ii) осуществлять инициативы по пропаганде повышенной ответственности за состояние окружающей среды (*Принцип 8*); и iii) поощрять развитие и распространение экологически безопасных технологий (*Принцип 9*)[10].

7. Комиссия может пожелать обсудить вопрос о методах собственной работы и работы своего секретариата в свете участия негосударственных субъектов в сессиях Комиссии и в заседаниях ее рабочих групп в качестве наблюдателей; в связи с этим Комиссия может признать, что такое участие широко расценивается как полезное и что оно способствует улучшению качества текстов, разрабатываемых Комиссией, и их более широкому принятию. Помимо этого, Комиссия может пожелать рассмотреть вопрос об установлении партнерских связей с негосударственными субъектами в рамках расширения своей деятельности по оказанию технической правовой помощи. Возможно также, что Комиссия пожелает обратить внимание государств-членов и наблюдателей на предпринимаемые в различных органах и учреждениях Организации Объединенных Наций инициативы, направленные на оказание помощи частным компаниям в осуществлении социально ответственного корпоративного управления. Комиссия может рекомендовать государствам-членам и наблюдателям ознакомить с этими инициативами частные предприятия, действующие в их странах, и поддержать обсуждение вопросов, касающихся глобальной корпоративной ответственности, на национальном и международном уровнях.

[10] A/56/323, Добавление I.

Часть третья

ПРИЛОЖЕНИЯ

I. РУКОВОДСТВО ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

[Издано в качестве издания Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10]

II. ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА К КОНВЕНЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ*

(A/CN.9/557) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	Введение	1-6
II.	Сфера применения	7-20
	A. Уступка/цедент–цессионарий–должник/дебиторская задолженность	7-9
	B. Охватываемые виды практики	10
	C. Исключения и другие ограничения	11-13
	D. Определение "международного характера"	14-15
	E. Применение Конвенции: коллизионные привязки	16-18
	F. Определение местонахождения	19-20
III.	Общие положения	21-23
	A. Определения и правила толкования	21
	B. Автономия сторон	22
	C. Толкование	23
IV.	Последствия уступки	24-29
	A. Формальная и материальная действительность	24-25
	B. Законодательные ограничения	26
	C. Договорные ограничения	27-28
	D. Передача прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности	29
V.	Права, обязательства и возражения	30-53
	A. Цедент и цессионарий	30-34
	1. Автономия сторон и правила практики	30
	2. Заверения	31
	3. Уведомление и платежные инструкции	32-33
	4. Права в поступлениях	34
	B. Должник	35-46
	1. Защита должника	35-36
	2. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	37-42
	3. Возражения и права на зачет со стороны должника	43

---

* Настоящая записка была подготовлена секретариатом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в информационных целях. Она не является официальным комментарием к Конвенции.

Пункты

4. Отказ от возражений 44
5. Изменение первоначального договора 45
6. Возврат сумм, уплаченных должником 46

C. Третьи стороны 47-53

1. Право, применимое к приоритетам в дебиторской задолженности . 47-49
2. Императивные нормы и исключения на основании публичного порядка 50
3. Право, применимое к приоритету в поступлениях 51
4. Материально-правовые правила о приоритете 52
5. Соглашения о субординации 53

VI. Автономные коллизионные нормы 54-59

A. Сфера действия и цель 54-55

B. Право, применимое к форме договора уступки 56

C. Право, применимое к взаимным правам и обязательствам цедента и цессионария 57

D. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника 58

E. Право, применимое к вопросам приоритета 59

VII. Заключительные положения 60

I. Введение

1. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле была принята и открыта для подписания Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 56/81 от 12 декабря 2001 года[1]. Конвенция была подготовлена Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли[2].

[1] На своих двадцать шестой – двадцать восьмой сессиях (1993–1995 годы) Комиссия рассмотрела три доклада Генерального секретаря: A/CN.9/378/Add.3 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXIV: 1993 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.94.V.16)), A/CN.9/397 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXV: 1994 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.20)) и A/CN.9/412 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVI: 1995 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.96.V.8)). Обсуждение этих докладов Комиссией отражено в докладах о работе ее двадцать шестой – двадцать восьмой сессий (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/48/17), пункты 297–301 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXIV: 1993 год)* (op. cit.); там же, *сорок девятая сессия, Дополнение № 17* (A/49/17), пункты 208–214 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXV: 1994 год* (op. cit.) и там же, *пятидесятая сессия, Дополнение 17* (A/50/17), пункты 374–381 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVI: 1995 год)* (op. cit.)). На своей двадцать восьмой сессии (1995 год) Комиссия постановила поручить Рабочей группе по международной договорной практике задачу подготовки унифицированного закона об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность. Проект конвенции был подготовлен Рабочей группой на ее двадцать четвертой – тридцать первой сессиях (была также проведена еще одна сессия (двадцать третья сессия) другой Рабочей группы, которая для целей проведения этой сессии была переименована). Доклады этих сессий см. документы A/CN.9/420 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVII: 1996 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.58.V.7)), A/CN.9/432 и A/CN.9/434 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVIII: 1997 год*

2. Основная цель Конвенции состоит в том, чтобы способствовать расширению возможностей получения на международном уровне денежных средств и кредита по более доступным ставкам, что будет способствовать трансграничным потокам товаров и услуг. Для достижения этой цели в Конвенции предпринимаются меры по сокращению юридической неопределенности в отношении ряда вопросов, возникающих в контексте важных сделок, финансируемых под дебиторскую задолженность, включая кредитование под обеспечение активами, факторинг, учет счетов–фактур, форфейтинг и секьюритизацию, а также сделок, в рамках которых финансирование не предоставляется.

3. Конвенцией закрепляются принципы и устанавливаются правила, касающиеся уступки дебиторской задолженности. В частности, в ней снимаются законодательные запреты на уступку будущей дебиторской задолженности и дебиторской задолженности, которая конкретно не определена (оптовые уступки). В ней также устраняются договорные ограничения на уступку торговой дебиторской задолженности, согласованные сторонами договора, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность, и разъясняются последствия уступки для прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности. Кроме того, Конвенцией признается автономия сторон и предусматривается свод неимперативных правил, применимых в отсутствие договоренности между сторонами уступки. Затем в Конвенции рассматриваются вопросы, связанные с юридическими препятствиями для инкассирования дебиторской задолженности у иностранных должников, и устанавливается единообразный свод правил по связанным с должниками вопросам, таким как уведомление должника, освобождение должника от ответственности в результате платежа и имеющиеся у должника возражения и права на зачет.

4. Наиболее важным является тот момент, что Конвенция снимает существующую неопределенность в вопросе о праве, применимом к спорам о том, кто имеет право на получение платежа, в контексте отношений между цессионарием и заявителем конкурирующего требования, например другим

(издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.6)), A/CN.9/445 и A/CN.9/447 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXIX: 1998 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.12)), A/CN.9/455 и A/CN.9/456 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXX, 1999 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.00.V.9)), A/CN.9/466 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXI A: 2000 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.3)) и A/CN.9/486 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXII: 2001 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.04.V.4)). Документы, подготовленные Секретариатом и рассмотренные Рабочей группой на этих сессиях, см. A/CN.9/WG.II/WP.87 и A/CN.9/WG.II/WP.89 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVIII: 1997 год*) (op. cit.) A/CN.9/WG.II/WP.93 и A/CN.9/WG.II/WP.96 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXIX: 1998 год*) (op. cit.), A/CN.9/WG.II/WP.98 и A/CN.9/WG.II/WP.102 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXX: 1999 год*), (op. cit.) и A/CN.9/WG.II/WP.104 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXI A: 2000 год*) (op. cit.)).

[2] Информацию об ЮНСИТРАЛ и ее работе см. веб–сайт Комиссии (www.uncitral.org). Обсуждения ЮНСИТРАЛ по проекту конвенции отражены в докладе о работе ее тридцать третьей (2000 год) и тридцать четвертой (2001 год) сессиях (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 12–192 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXI A: 2000 год*) (op. cit.) и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 13–200 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXII: 2001 год*) (op. cit.)). Проект конвенции, как он был представлен Комиссией Генеральной Ассамблее, содержится в приложении I к докладу ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать третьей сессии (A/56/17). На рассмотрении тридцать третьей и тридцать четвертой сессий Комиссии находились варианты аналити-ческого комментария к проекту конвенции, подготовленные Секретариатом (A/CN.9/470) (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXI A: 2000 год*) (op. cit.) и A/CN.9/489 и Add.1 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXXII: 2001 год*) (op. cit.)).

цессионарием, кредиторами цедента и управляющим в деле о несостоятельности цедента. Это достигается путем подчинения коллизий приоритетов единому праву, которое легко определить и которое, по всей вероятности, будет правом места, в котором открывается основное производство по делу о несостоятельности цедента (т.е. право места нахождения коммерческого предприятия цедента и – в случае, если коммерческие предприятия находятся более чем в одном государстве, – закон государства, в котором находится центральное управление цедента). В Конвенции также решается проблема, состоящая в том, что во многих странах не признаются права в поступлениях, и предусматривается унифицированное правило ограниченного приоритета в отношении поступлений, которое направлено на содействие использованию таких видов практики, как секьюритизация и закрытый учет счетов–фактур. Кроме того, в Конвенции содержатся рекомендации для государств, стремящихся модернизировать свои материально–правовые положения о приоритетах за счет установления типовых материально–правовых положений о приоритетах.

5. В дополнение к этому Конвенция способствует усилению единообразия правового регулирования применительно к уступкам за счет установления свода коллизионных норм. Цель этих норм состоит в заполнении пробелов, оставленных в Конвенции по вопросам, которые она регулирует, но которые прямо в ней не разрешены. Эти нормы могут применяться в случае, если государство, в котором возник спор, приняло Конвенцию.

6. Ниже приводится резюме основных характерных черт и положений Конвенции.

II. Сфера применения

A. Уступка/цедент–цессионарий–должник/дебиторская задолженность

7. "Уступка" определяется в Конвенции в качестве передачи по договоренности собственности на дебиторскую задолженность (статья 2). Определение охватывает как создание обеспечительных прав в дебиторской задолженности, так и передачу полной собственности на дебиторскую задолженность, будь то в целях обеспечения или нет. В Конвенции, однако, не оговаривается, что представляет собой прямую или обеспечительную передачу, и этот вопрос оставлен на урегулирование на основании права, применимого за рамками Конвенции. "Уступка" может представлять собой договорную суброгацию или сделку залогового вида. С другой стороны, уступкой не считается передача в силу закона (например, статутная суброгация) или другая недоговорная уступка.

8. "Цедент" является кредитором по первоначальному договору, из которого возникла уступленная дебиторская задолженность. Цедент является либо заемщиком (или третьей стороной), уступающей дебиторскую задолженность в качестве обеспечения, либо продавцом дебиторской задолженности. "Цессионарий" является новым кредитором, ссудодателем или покупателем дебиторской задолженности. "Должник" является стороной, обязующейся по договору, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность ("первоначальный договор").

9. "Дебиторская задолженность" определяется в Конвенции как "договорное право на платеж денежной суммы". Это определение включает полностью или частично неделимые интересы в дебиторской задолженности. Охватывается дебиторская задолженность из любых видов договоров. Хотя точное значение термина "договорное право" оставлено на определение на основании

национального законодательства, несомненно, охватываются требования из договоров на поставку товаров, строительство (работы) и услуги, независимо от того, являются ли такие договоры коммерческими или потребительскими. Также охватываются дебиторская задолженность по ссудам, рояли при лицензировании интеллектуальной собственности, платежи за использование платных автомобильных дорог и требования о возмещении денежных убытков из нарушения договоров, а также требования процентов и неденежные требования, которые могут быть преобразованы в денежные. Это понятие не охватывает права на платеж, возникающие из каких-либо иных оснований, помимо договора, такие как требования из деликта или требования о возмещении налоговых платежей.

B. Охватываемые виды практики

10. С учетом широкого определения терминов "уступка" и "дебиторская задолженность" Конвенция применяется к широкому диапазону сделок. В частности, она охватывает уступку торговой дебиторской задолженности (возникающей из поставки товаров, строительства (работ) или услуг между коммерческими предприятиями), дебиторскую задолженность по ссудам (возникающую из предоставления кредита), потребительскую дебиторскую задолженность (возникающую из потребительских сделок) и суверенную дебиторскую задолженность (возникающую из сделок с правительственными организациями или публичными субъектами). Как результат охватывается финансирование под обеспечение активами (например, механизм возобновляемого кредитования и финансирование покупных денег). Также во всех их разновидностях охватываются факторинг и форфейтинг (например, учет счетов–фактур, факторинг с установленным сроком оплаты и международный факторинг). Конвенция также охватывает такие виды практики финансирования, как секьюритизация договорной дебиторской задолженности, а также проектное финансирование под будущие доходы проекта.

C. Исключения и другие ограничения

11. Диапазон охватываемых уступок ограничивается с помощью прямых или ограниченных исключений некоторых видов дебиторской задолженности или уступок. Некоторые виды уступок исключаются из сферы действия Конвенции по причине отсутствия соответствующего рынка (пункт 1 статьи 4). Например, исключаются уступки потребителям, однако уступки потребительской дебиторской задолженности охватываются. Из сферы действия Конвенции также исключаются уступки тех видов дебиторской задолженности, которые уже регулируются в достаточной степени или применение к которым некоторых положений Конвенции было бы неуместным, например, уступки дебиторской задолженности, возникающей из ценных бумаг (будь то в прямом или непрямом владении), аккредитивов, независимых гарантий, банковских депозитов, производных документов и сделок с иностранной валютой, платежных систем и т.д. (пункт 2 статьи 4).

12. Помимо прямого исключения некоторых видов услуг или дебиторской задолженности в Конвенции предусматриваются два других вида ограничений. Один из них представляет собой оговорку "считать не понесшим убытков", которая применяется к уступкам дебиторской задолженности в виде оборотных инструментов, потребительской дебиторской задолженности и дебиторской задолженности из сделок с недвижимым имуществом (пункты 3–5 статьи 4). Конвенция применяется к уступкам таких видов дебиторской задолженности. В то же время она не изменяет юридического положения определенных сторон

таких уступок. Например, сохраняется приоритет законного держателя согласно праву, регулирующему оборотные инструменты.

13. Конвенция устанавливает другое ограничение в отношении сферы действия положения, признающего юридическую силу уступок, независимо от оговорок о запрещении уступки и других аналогичных оговорок (статьи 9 и 10). Статьи 9 и 10 применяются только к торговой дебиторской задолженности, которая широко определяется как дебиторская задолженность из поставок или аренды товаров или предоставления услуг, иных чем финансовые услуги (пункт 3 статьи 9 и пункт 4 статьи 10). Они не применяются к уступкам других видов дебиторской задолженности, например ссудной или страховой дебиторской задолженности. В результате этого исключения из сферы действия статей 9 и 10 юридическая сила оговорок о запрещении уступки в рамках уступки, не подпадающей под действие статей 9 и 10, определяется на основании права за рамками Конвенции (которым, согласно статье 29, является право, регулирующее первоначальный договор).

D. Определение "международного характера"

14. Поскольку первоочередное внимание в Конвенции уделяется международной торговле, она в принципе применяется только к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности (статья 3). Уступка является международной, если цедент и цессионарий находятся в разных государствах. Дебиторская задолженность является международной, если цедент или должник находятся в разных государствах. Международный характер уступки или дебиторской задолженности определяется на основании местонахождения цедента и цессионария или должника в момент заключения договора уступки (последующее изменение не затрагивает применения Конвенции).

15. Конвенция в целом не применяется к внутренним уступкам внутренней дебиторской задолженности. Имеются, однако, два исключения. Первое из них связано с последующими уступками, когда, например, A совершает уступку B, B – C и т. д. Для обеспечения последовательных результатов Конвенция применяется к таким последующим уступкам независимо от того, являются ли последующие уступки международными или связаны ли они с международной дебиторской задолженностью, при условии, что любая предшествующая уступка в цепочке последующих уступок регулируется Конвенцией (пункт 1(b) статьи 1). Второе исключение относится к коллизии приоритетов между внутренним и иностранным цессионарием внутренней дебиторской задолженности (т.е. цессионарий A находится в стране X, а цессионарий B – в стране Y; дебиторская задолженность причитается с должника в стране Y). Для обеспечения определенности в вопросе о приоритетных правах цессионариев Конвенция регулирует коллизию приоритетов между цессионарием A и цессионарием B, даже несмотря на то, что уступка цессионарию B представляет собой внутреннюю уступку внутренней дебиторской задолженности (статьи 5(m) и 22).

E. Применение Конвенции: коллизионные привязки

16. За исключением положений, касающихся должника (например, статей 15-21), Конвенция применяется к международным уступкам и уступкам международной дебиторской задолженности, если цедент находится в государстве, являющемся участником Конвенции (пункт 1(a) статьи 1). Конвенция может применяться к последующим уступкам, которые могут являться чисто внутренними, даже в том случае, если цедент не находится в

договаривающемся государстве, при условии, что одна из предшествующих уступок регулируется Конвенцией (пункт 1(b) статьи 1).

17. Для применения положений, касающихся должника, необходимо, чтобы должник также находился в государстве, являющемся стороной Конвенции, или чтобы право, регулирующее уступленную дебиторскую задолженность, являлось законом государства – участника Конвенции (пункт 3 статьи 1). С помощью этого подхода обеспечивается защита должника от ситуации, когда касающиеся его вопросы будут регулироваться текстом, о котором ему может и не быть известно. В то же время применение тех положений Конвенции, которые не создают последствий для должника, например правил, регулирующих отношения между цедентом и цессионарием или вопросы приоритета в отношениях между конкурирующими заявителями требований, не исключается. Соответственно, даже если положения, касающиеся должника, не применяются к той или иной конкретной уступке, остальные предусматриваемые Конвенцией правила могут по-прежнему применяться к взаимоотношениям между цедентом и цессионарием или цессионарием и конкурирующим заявителем требования.

18. Автономные коллизионные нормы Конвенции могут применяться даже в том случае, когда цедент или цессионарий не находится в договаривающемся государстве, если спор передается на урегулирование в суд договаривающегося государства (пункт 4 статьи 1).

F. Определение местонахождения

19. Понятие местонахождения имеет последствия для применения Конвенции (т.е. для определения международного характера уступки или дебиторской задолженности и для территориальной сферы действия Конвенции). Оно также имеет последствия с точки зрения права, регулирующего приоритет (статья 22). Согласно Конвенции, местонахождение определяется со ссылкой на коммерческое предприятие какого-либо лица или его обычное местожительство, если коммерческого предприятия не имеется. В отличие от традиционного "правила местонахождения", которое в случае нескольких коммерческих предприятий отсылает к месту, имеющему наиболее тесную связь с соответствующей сделкой, в Конвенции предусматривается, что в случае, когда цедент или цессионарий имеет коммерческие предприятия более чем в одном государстве, во внимание принимается место, в котором осуществляется центральное управление (другими словами, место, где находится главное коммерческое предприятие или основной центр интересов). Такой подход направлен на то, чтобы обеспечить определенность относительно применения Конвенции, а также относительно права, регулирующего вопросы приоритета. В отличие от этого в случае, когда должник имеет коммерческие предприятия в нескольких государствах, во внимание принимается место, имеющее наиболее тесную связь с первоначальным договором. Цель использования иного подхода применительно к местонахождению должника состоит в том, чтобы не допустить создания такой ситуации, когда должник неожиданно столкнется с применением юридических норм, с которыми первоначальный договор, заключенный между ним и цедентом, не имеет видимой связи.

20. В случае сделок, заключенных через отраслевые отделения, правило места осуществления центрального управления приведет к применению Конвенции, а не права государства, в котором находится соответствующее отделение, если цедент осуществляет центральное управление в государстве – участнике Конвенции. Кроме того, сделка может приобрести международный характер и попасть в сферу действия Конвенции, если центральное управление цессионария находится в государстве, ином чем государство, в котором находится цедент, даже в том случае, когда цессионарий действует через отделение, расположенное

в том же государстве, что и цедент. Более того, правило места осуществления центрального управления в случае споров по вопросам приоритета приведет к применению права места нахождения центрального управления цедента (а не места, имеющего наиболее тесную связь с уступкой). Определенность относительно применения Конвенции и относительно права, регулирующего вопросы приоритета, оправдывает такой результат. Это правило не затронет финансовое учреждение, являющееся должником по первоначальной дебиторской задолженности, поскольку в подобном случае местонахождение учреждения будет определяться на основании критерия тесной связи.

III. Общие положения

A. Определения и правила толкования

21. В статье 5 определяются такие важные термины, как "будущая дебиторская задолженность", "письменная форма", "уведомление", "местонахождение", "приоритет", "конкурирующий заявитель требования" и "финансовый договор".

B. Автономия сторон

22. В Конвенции признается право цедента, цессионария и должника по договоренности отходить от положений Конвенции или изменять эти положения (статья 6). Устанавливаются два ограничения: во-первых, такая договоренность не может затрагивать права третьих сторон и, во-вторых, должник не может отказываться от некоторых возражений (пункт 2 статьи 19).

C. Толкование

23. Конвенция содержит общее правило о том, что ее толкование должно осуществляться с учетом ее объекта и цели, как они изложены в преамбуле, международного характера и необходимости содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле. Пробелы, оставленные в связи с вопросами, которые охватываются Конвенцией, однако прямо в ней не разрешены, должны заполняться в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов – в соответствии с правом, применимым в силу норм частного международного права, включая нормы Конвенции, если они применимы (статья 7).

IV. Последствия уступки

A. Формальная и материальная действительность

24. По причине отсутствия консенсуса в рамках Комиссии в Конвенцию не были включены унифицированные материально–правовые нормы, касающиеся формальной действительности уступки. В то же время в ней содержатся коллизионные нормы. Применительно к вопросу о форме уступки в качестве условия приоритета Конвенция отсылает к праву местонахождения цедента (статьи 5(g) и 22). Кроме того, в автономных коллизионных правилах Конвенции содержится коллизионная норма по вопросу о формальной действительности договора уступки в отношениях между его сторонами (статья 27).

25. Уступка, совершенная по договоренности между цедентом и цессионарием, имеет силу, если она в иных отношениях имеет силу в качестве предмета

договора (статьи 2 и 11). Для признания силы уступки никакого уведомления не требуется (пункт 1 статьи 14). В центре внимания Конвенции лежат вопросы законодательных и договорных ограничений, а также последствия уступки для обеспечительных и других акцессорных прав. Другие вопросы, касающиеся материальной действительности или силы, регулируются в контексте отношений, в которых они могут возникнуть (цедент–цессионарий, или должник–цессионарий, или цессионарий–третья сторона).

B. Законодательные ограничения

26. В целях содействия финансированию под дебиторскую задолженность Конвенция отменяет законодательные и другие юридические ограничения в отношении возможности уступки некоторых видов дебиторской задолженности (например, будущей дебиторской задолженности) или силы некоторых видов уступки (например, оптовых уступок), которые обычны для сделок финансирования под дебиторскую задолженность. Достаточно того, чтобы дебиторская задолженность могла быть определена в качестве дебиторской задолженности, к которой относится уступка, в момент уступки или – в случае будущей дебиторской задолженности – в момент заключения первоначального договора. Для уступки нескольких статей дебиторской задолженности, включая будущую дебиторскую задолженность, достаточно одного акта (статья 8). Помимо упомянутых законодательных ограничений Конвенция не затрагивает другие законодательные ограничения, например, связанные с личной или суверенной дебиторской задолженностью.

C. Договорные ограничения

27. Конвенция признает силу уступок торговой дебиторской задолженности (широкое определение которой содержится в пункте 3 статьи 9), совершенных в нарушение оговорки о недопущении уступок, не устраняя, однако, ответственность, которую цедент может нести за нарушение договора согласно праву, применимому за рамками Конвенции, и не распространяя эту ответственность на цессионария (пункт 1 статьи 9). В то же время, если такая ответственность существует, Конвенция сужает ее объем, предусматривая, что простая осведомленность со стороны цессионария, не являющегося стороной договоренности, запрещающей уступку, о наличии такой договоренности не представляет собой достаточного основания для ответственности цессионария за нарушение договоренности. Кроме того, Конвенция предоставляет цессионарию дополнительную защиту, так как устанавливает, что нарушение оговорки, запрещающей уступку, цедентом не является само по себе достаточным основанием для расторжения первоначального договора должником (пункт 2 статьи 9). Более того, Конвенция не разрешает предъявления должником требования из нарушения договоренности, запрещающей уступку, в отношении цессионария в порядке зачета с тем, чтобы отклонить требование цессионария о платеже (пункт 3 статьи 18).

28. Что касается потребителей, то используемый в Конвенции подход основывается на презумпции непримиримости к ним этого положения, поскольку оговорки о запрещении уступок чрезвычайно редко встречаются в потребительских договорах. В любом случае при возникновении коллизии между Конвенцией и применимым законом о защите потребителей преимущественную силу будет иметь закон о защите потребителей (пункт 4 статьи 4). Что касается уступок суверенной дебиторской задолженности, то государства могут сделать оговорку в отношении статьи 9 (статья 40). Это исключение преследует цель защитить немногочисленные государства, которые

вместо использования принципа защиты своих интересов с помощью законодательных актов полагаются на договорные ограничения.

D. Передача прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности

29. Акцессорное право, будь то личное или имущественное, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается вместе с дебиторской без нового акта передачи. Цедент обязан передать цессионарию независимое обеспечительное или другое акцессорное право (пункт 1 статьи 10). Применительно к договорным ограничениям на уступку подобные права регулируются таким же образом, что и дебиторская задолженность (пункты 2 и 3 статьи 10). Это положение также применяется к широко определяемой "торговой дебиторской задолженности" (пункт 4 статьи 10) и не затрагивает любых обязательств цедента в отношении должника согласно праву, регулирующему обеспечительные или другие акцессорные права (пункт 5 статьи 10). Аналогично, это положение не затрагивает любых требований в отношении формы или регистрации, необходимых для передачи обеспечительного права (пункт 6 статьи 10).

V. Права, обязательства и возражения

A. Цедент и цессионарий

1. Автономия сторон и правила практики

30. В Конвенции признается право цедента и цессионария включать в свой договор любые такие положения, которые удовлетворяют их конкретным потребностям, в той мере, в которой они не затрагивают права третьих сторон (статьи 6 и 11). Конвенция также в законодательном порядке признает силу торговых обычаев, относительно которых договорились цедент и цессионарий, и торговую практику, которую установили эти стороны в своих отношениях. Кроме того, в Конвенцию включены некоторые неимперативные правила, применимые к отношениям между цедентом и цессионарием. Цель этих норм – изложить перечень вопросов, которые следует урегулировать в договоре, и, одновременно, заполнить пробелы, оставленные в договоре в отношении таких аспектов, как заверения цедента, уведомление и платежные инструкции, а также права в поступлениях. Эти правила носят только субсидиарный характер. Стороны всегда могут договориться об изменении этих норм в отношениях между собой.

2. Заверения

31. Что касается заверений, то в Конвенции используется общепризнанные принципы и предпринимается попытка обеспечить сбалансированность между соображениями справедливости и практической целесообразности (статья 12). Например, если не согласовано иное, риск скрытых возражений, которые могут существовать у должника, возлагается на цедента. Этот подход используется в Конвенции с учетом того факта, что цедент, являясь договорным партнером должника, находится, таким образом, в лучшем положении с точки зрения осведомленности о возможном возникновении проблем с исполнением договора, которые могут предоставить должнику права на возражения.

3. Уведомление и платежные инструкции

32. Если не согласовано иное, цедент, цессионарий или и тот, и другой могут направить должнику уведомление и платежные инструкции. Цессионарию предоставляется независимое право уведомить должника и потребовать платежа. Это независимое право имеет важнейшее значение в том случае, когда в отношениях между цессионарием и цедентом возникают трудности и вероятность того, что цедент будет сотрудничать с цессионарием в вопросах уведомления должника, является весьма незначительной. После уведомления только цессионарий может требовать платеж (статья 13). Уведомление должника в нарушение договоренности между цедентом и цессионарием будет по-прежнему позволять должнику получить освобождение от ответственности, если он совершит платеж в соответствии с таким уведомлением, причем право на заявление требования из нарушения договора между цедентом и цессионарием сохраняется.

33. Платежные инструкции не охватываются определением уведомления об уступке (статья 5(d)). Это означает, что уведомление не обязательно должно включать изменения в платежных инструкциях к должнику, а может направляться лишь для того, чтобы "заморозить" возражения и права на зачет со стороны должника (пункт 2 статьи 18).

4. Права в поступлениях

34. Конвенция признает договорное право на поступления от дебиторской задолженности и поступления от поступлений ("все полученное по уступленной дебиторской задолженности", статья 5(j)). В отношениях между цедентом и цессионарием цессионарий может потребовать поступления, если платеж осуществлен цессионарию, цеденту или другому лицу, по отношению к которому цессионарий обладает приоритетом (статья 14). Вопрос о том, может ли цессионарий удержать или потребовать право собственности в таких поступлениях, в целом оставлен на урегулирование на основании права, применимого за рамками Конвенции. В то же время, если поступления сами представляют собой дебиторскую задолженность, этот вопрос оставляется на урегулирование на основании права места нахождения цедента (статьи 5(j) и 22). Кроме того, при определенных обстоятельствах может применяться устанавливаемое Конвенцией ограниченное материально–правовое правило относительно поступлений (статья 24).

B. Должник

1. Защита должника

35. Уступка не затрагивает юридического положения должника без его на то согласия, если только иное прямо не оговаривается в одном из положений Конвенции. Кроме того, без согласия должника уступка не может изменять валюты или государства, в которой или в котором должен быть осуществлен платеж (статьи 6 и 15).

36. Помимо кодификации принципа защиты должника в общем плане в Конвенции содержится ряд конкретных изложений этого принципа. Данные положения касаются освобождения должника от ответственности в результате платежа, возражений, прав на зачет, отказа от таких возражений или прав на зачет, изменения первоначального договора и возврата уплаченных должником сумм.

2. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

37. Должник может освободиться от ответственности, если он произведет платеж в соответствии с первоначальным договором, если только должник не получил уведомления об уступке. После получения такого уведомления должник освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с письменными платежными инструкциями или – в отсутствие таких инструкций – посредством платежа цессионарию (пункты 1 и 2 статьи 17). Таким образом, уведомление об уступке определяет тот метод, с помощью которого должник получает освобождение от ответственности. Уведомление должно представляться в письменной форме на языке, который разумно позволяет должнику ознакомиться с его содержанием, и в нем должны разумно идентифицироваться уступленная дебиторская задолженность и ее цессионарий (статья 16).

38. Вопрос о том, знал ли должник или должен был знать о какой-либо предшествующей уступке, относительно которой он не получал уведомления, существенного значения не имеет. Этот подход использован в Конвенции с тем, чтобы обеспечить приемлемый уровень определенности относительно освобождения должника от ответственности, что является важным элементом с точки зрения определения цессионарием цены сделки. Такой подход отнюдь не поощряет ни недобросовестность, ни мошенничество. На практике всегда трудно доказать, что было или должно было быть известно должнику, причем в любом случае Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к положениям национального законодательства, касающимся мошенничества.

39. В Конвенции также содержится свод правил, касающихся нескольких уведомлений или платежных инструкций. В тех случаях, когда должник получает несколько платежных инструкций, касающихся одной уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с последней полученной платежной инструкцией (пункт 3 статьи 17). Когда несколько уведомлений касаются более чем одной уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с первым полученным уведомлением (пункт 4 статьи 17). В случае нескольких уведомлений, касающихся последующих уступок, должник освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок (пункт 5 статьи 17).

40. Если должник получает несколько уведомлений, касающихся части одной или нескольких статей дебиторской задолженности или неделимого интереса в ней, то у него имеется выбор. Должник может получить освобождение от ответственности посредством платежа либо в соответствии с полученными уведомлениями, либо в соответствии с Конвенцией, как если бы уведомление не было им получено (пункт 6 статьи 17). Признавая, по сути, за должником право определять, имеет ли уведомление о частичной уступке силу для цели освобождения от ответственности, Конвенция избегает наложения на должника чрезмерно обременительного обязательства производить платежи по частям. Этот подход отнюдь не лишает силы частичные уступки. Он, скорее, исходит из предположения о том, что цедентам или цессионариям требуется организовывать платежные схемы таким образом, чтобы учитывать тот факт, что должник не обязан соглашаться на частичные платежи (например, в соответствии с положениями пункта 2 статьи 24). Цедент и цессионарий могут также предусмотреть платежи по частям с согласия должника, полученного в момент заключения первоначального договора, или в момент уступки, или в какой-либо последующий момент.

41. Одно из ключевых положений, направленных на защиту должника, позволяет ему требовать представления надлежащих доказательств уступки, когда цессионарий направляет уведомление без посредства цедента или без его очевидного согласия (пункт 7 статьи 17). Это право гарантирует должника от риска необходимости уплатить неизвестному третьему лицу. "Надлежащие доказательства" включают любой документ в письменной форме, подписанный цедентом и указывающий, что уступка была совершена, например договор об уступке или документ, уполномочивающий цессионария направить уведомление. Если цессионарий не представляет таких доказательств в течение разумного срока, должник может получить освобождение от ответственности посредством платежа цеденту.

42. Конвенция не затрагивает каких-либо прав, которыми должник может обладать в силу правовых норм за рамками Конвенции, с тем чтобы исполнить свое обязательство посредством платежа лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд (пункт 8 статьи 17). Например, если согласно правовым нормам за рамками Конвенции должник освобождается от ответственности, когда он выполняет условия уведомления, не отвечающего требованиям Конвенции, такой результат будет признаваться согласно Конвенции. Аналогично, платеж в публичный депозитный фонд, произведенный согласно закону за рамками Конвенции, признается Конвенцией в качестве действительного освобождения от обязательств, если платеж в такой фонд признается согласно закону за рамками Конвенции.

3. Возражения и права на зачет со стороны должника

43. Применительно к возражениям и правам на зачет со стороны должника в Конвенции кодифицируются общепризнанные правила. Должник может сослаться в отношении цессионария на любые возражения или права на зачет, которые должник мог бы заявить в требовании в отношении цедента. Права на зачет, возникающие из первоначального договора или связанной с ним сделки, могут быть заявлены в отношении цессионария, если они возникли у должника после уведомления (пункт 1 статьи 18). В то же время права на зачет, которые возникают не из первоначального договора или связанной с ним сделки и которые появляются у должника после уведомления, не могут быть заявлены в отношении цессионария (пункт 2 статьи 18). Точный смысл формулировки о том, что право на зачет должно "иметься" у должника (т.е. о том, должно ли такое право быть выражено в количественных показателях, должен ли наступить установленный срок или должен ли причитаться платеж на основании этого права), оставлен в Конвенции на определение на основании применимого права за рамками Конвенции (применительно к правам на зачет, возникающим из первоначального договора, таким правом согласно статье 29 является право, регулирующее первоначальный договор).

4. Отказ от возражений

44. Должник может отказаться от своих возражений и прав на зачет по договоренности с цедентом. С тем чтобы предупредить должника о важных последствиях такого отказа, Конвенция предусматривает требование о том, чтобы такой отказ или его изменение были составлены в письменной форме и подписаны должником (пункт 1 статьи 19). С тем чтобы защитить должника от ненадлежащего давления со стороны цедента, Конвенция также запрещает отказ от возражений или прав на зачет, возникающих из мошеннических действий со стороны цессионария или основанных на недееспособности должника (пункт 2 статьи 19).

5. Изменение первоначального договора

45. Часто для удовлетворения изменяющихся потребностей сторон необходимо внести изменения в первоначальный договор. Последствия таких изменений inter partes определяются самим соглашением об их внесении. Конвенция регулирует последствия таких изменений для третьих сторон, в частности вопрос о том, может ли должник для освобождения от ответственности уплатить причитающуюся на измененных условиях дебиторскую задолженность цессионарию и может ли цессионарий потребовать платежа дебиторской задолженности, причитающейся на таких условиях. Основное правило предусматривает, что до момента получения должником уведомления об уступке любое изменение договора имеет силу в отношении цессионария и цессионарий приобретает права на дебиторскую задолженность на измененных условиях (пункт 1 статьи 20). После уведомления, если на то не имеется согласия цессионария, такое изменение не имеет силы в отношении цессионария дебиторской задолженности, подкрепленной исполнением, однако имеет силу в отношении цессионария дебиторской задолженности, не подкрепленной исполнением, если возможность изменения предусмотрена в первоначальном договоре или если разумный цессионарий согласился бы на такое изменение (пункт 2 статьи 20). Конвенция не затрагивает вопроса о любой ответственности, которую цедент может нести перед цессионарием согласно применимому праву за нарушение договоренности не вносить изменений в первоначальный договор (пункт 3 статьи 20).

6. Возврат сумм, уплаченных должником

46. Должник может вернуть суммы, уплаченные цеденту или цессионарию, только от цедента (статья 21). На практике это означает, что должник несет риск неплатежеспособности своего контрагента, как это и имело бы место в случае отсутствия уступки.

C. Третьи стороны

1. Право, применимое к приоритетам в дебиторской задолженности

47. Одна из наиболее важных частей Конвенции касается последствий уступки для третьих сторон, таких как конкурирующие цессионарии, другие кредиторы цедента и управляющий в деле о несостоятельности цедента. Этот вопрос регулируется в Конвенции в качестве вопроса приоритета в отношениях между конкурирующими заявителями требований, т.е. вопроса о том, кто имеет право на получение платежа или другого исполнения в первую очередь. Поскольку активов цедента может быть недостаточно для удовлетворения требований всех кредиторов, этот вопрос имеет существенно важное значение.

48. Так как Комиссии не удалось достичь консенсуса относительно материально–правовой нормы, регулирующей вопрос о приоритетах, этот вопрос регулируется в Конвенции с помощью коллизионных правил (статьи 22–24). Ценность этих правил заключается в том, что в отличие от традиционных подходов они в централизованном порядке подчиняют все коллизии по вопросу о приоритетах праву местонахождения цедента. Поскольку под местом нахождения понимается место, в котором осуществляется центральное управление, то, если цедент имеет коммерческие предприятия более чем в одном государстве, Конвенция отсылает вопросы коллизии приоритетов к праву одной правовой системы, которую легко установить. Кроме того, в этой правовой системе наиболее часто будет открываться и основное производство по делу о несостоятельности в отношении цедента, что упрощает разрешение коллизий между законами, регулирующими обеспеченные сделки и вопросы несостоятельности.

49. С тем чтобы охватить все возможные коллизии приоритетов, определение термина "конкурирующий заявитель требования" было составлено таким образом, чтобы охватить других цессионариев, даже в том случае, когда и уступка и дебиторская задолженность являются внутренними и в силу этого в иных отношениях не охватываются сферой действия Конвенции; других кредиторов цедента, включая кредиторов, обладающих правами в другом имуществе, действие которых распространяется в силу закона на уступленную дебиторскую задолженность, например кредиторов, обладающих имущественным правом в дебиторской задолженности, которая создана в силу решения суда, или правом на удержание правового титула на товары, распространенным в силу закона на дебиторскую задолженность от продажи таких товаров; а также администраторов в деле о несостоятельности цедента (статья 5(m)). Определение термина "приоритет" охватывает не только преимущественное право на платеж или другое удовлетворение, но также и на смежные вопросы, такие как определение того, является ли это право личным или имущественным, является ли оно обеспечительным правом, и были ли выполнены любые необходимые требования для придания этому праву силы в отношении конкурирующего заявителя требования (статья 5(g)). Вопросы приоритета в целом не затрагивают силы уступки в отношениях между цедентом и цессионарием или должником (статьи 5(g), 8 и 22; "за исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции").

2. Императивные нормы и исключения на основании публичного порядка

50. В силу императивной правовой нормы, регулирующей вопросы приоритетов в государстве суда, может быть отменена также регулирующая эти вопросы норма закона цедента, если требование цедента "явно противоречит публичному порядку государства суда" (пункт 1 статьи 23). Императивные нормы права как государства суда, так и любого другого государства, не могут сами по себе препятствовать применению регулирующих вопросы приоритета положений закона цедента (пункт 2 статьи 23). В то же время в случае производства по делу о несостоятельности, возбужденного в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, государство суда может применить свое собственное регулирующее вопросы приоритета правило, признающее приоритет за некоторыми категориями преференциальных кредиторов, например за заявителями налоговых требований и требований из заработной платы (пункт 3 статьи 23). Кроме того, Конвенция отнюдь не преследует цели вмешиваться в действие материально–правовых и процессуальных норм о несостоятельности в государстве суда, которые не затрагивают вопрос о приоритетах как таковой (например, действия по расторжению договоров, мораторий на инкассирование уступленной дебиторской задолженности и аналогичные вопросы).

3. Право, применимое к приоритету в поступлениях

51. Конвенция не содержит общей нормы относительно права, применимого к приоритету в поступлениях. Причина этого заключается в различиях между правовыми системами в вопросах о природе и режиме прав в поступлениях. В Конвенцию, однако, включены два ограниченных правила о поступлениях. Согласно первому из них, если цессионарий обладает приоритетом в отношении дебиторской задолженности над другими заявителями требований и поступления прямо выплачиваются цессионарию, цессионарий может удерживать поступления (пункт 1 статьи 24). Целью второго правила является содействие таким видам практики, как секьюритизация и закрытый учет счетов–фактур. Согласно этим видам практики платежи направляются на специальный счет, который ведет от имени цессионария цедент и который отделен от других активов цедента. В Конвенции предусматривается, что, если цессионарий имеет

приоритет в отношении дебиторской задолженности над другими заявителями требований и поступления удерживаются цедентом от имени цессионария и являются разумно отличимыми от других активов цедента, цессионарий обладает аналогичным приоритетом в отношении поступлений (пункт 2 статьи 24). В то же время Конвенция не регулирует коллизию приоритетов между цессионарием, заявляющим интерес в поступлениях, которые находятся на депозитном счете или счете ценных бумаг, и банком–депозитарием, или брокером по ценным бумагам, или другим посредником, обладающим в отношении этого счета обеспечительным правом или правом на зачет (пункт 3 статьи 24).

4. Материально–правовые правила о приоритете

52. С тем чтобы воспользоваться содержащимися в Конвенции правилами о приоритете, сторонам предоставляется возможность организовать свои сделки таким образом, чтобы вопросы о приоритете передавались на урегулирование на основании надлежащего права (например, путем создания специальных подразделений в соответствующих местах). Остается вопрос о том, какая ситуация будет возникать в том случае, если такая практика окажется невозможной или возможной лишь при значительных расходах, а в применимом праве не будет содержаться достаточных положений о приоритете. С тем чтобы урегулировать этот вопрос, в Конвенции предлагаются типовые материально–правовые положения о приоритете (приложение). Государствам, если они пожелают изменить имеющиеся у них правила, предоставляется выбор из трех материально–правовых систем приоритета. Одна из них основывается на регистрации уступки, другая – на уведомлении должника, а третья – на моменте уступки. Государства, желающие модернизировать свое законодательство, могут с помощью соответствующего заявления избрать один из этих режимов приоритета, или просто принять новые правила приоритета, или пересмотреть имеющиеся у них нормы о приоритете с помощью принятия соответствующих внутренних законодательных актов. Предполагается, что в условиях свободной конкуренции между правовыми решениями победит тот режим, который позволяет получить наибольшие экономические выгоды.

5. Соглашения о субординации

53. Стороны, столкнувшиеся с коллизией приоритетов, могут провести переговоры и отказаться от приоритета в пользу заявителя требования более низкой очереди, если это оправдывается коммерческими соображениями. С тем чтобы создать максимальные возможности для гибкости и отразить господствующую коммерческую практику, в Конвенции четко оговаривается, что для действительности субординации не требуется, чтобы она была осуществлена в форме прямого соглашения о субординации между цессионарием, обладающим приоритетом, и бенефициаром соглашения о субординации (статья 25). Субординация может быть также осуществлена в одностороннем порядке, например, с помощью обязательства цессионария первой очереди перед цедентом, в силу которого цеденту предоставляется право совершить вторую уступку, за которой будет признаваться первоочередный приоритет.

VI. Автономные коллизионные нормы

A. Сфера действия и цель

54. В Конвенции содержится свод коллизионных норм, которые могут применяться независимо от какой-либо территориальной связи с государством – участником Конвенции. В случаях, когда цедент или должник находится в

государстве – участнике Конвенции или когда правом, регулирующим первоначальный договор, является право государства – участника Конвенции, для заполнения пробелов в Конвенции могут применяться автономные коллизионные нормы, если только ответ не может быть получен из принципов, лежащих в основе Конвенции. Если цедент или должник не находится в государстве – участнике Конвенции или правом, регулирующим дебиторскую задолженность, не является право государства–участника, то независимые коллизионные нормы могут применяться к сделкам, к которым другие положения Конвенции применяться не будут (статья 26). Такие сделки должны носить международный характер, как он определен в Конвенции, и не должны быть исключены из сферы ее действия.

55. В отношении автономных коллизионных норм, содержащихся в главе V Конвенции, могут быть сделаны оговорки. Государства, сделавшие оговорку в отношении главы V, не связаны ее положениями (статья 39). Возможность такой оговорки была предусмотрена с тем, чтобы государства, желающие принять Конвенцию, не отказывались от этого шага лишь в силу того, что автономные коллизионные нормы не отвечают их собственным коллизионным правилам.

B. Право, применимое к форме договора уступки

56. В случае договора уступки, заключенного между лицами, находящимися в одном и том же государстве, вопросы формальной действительности договора уступки подчиняются праву, регулирующему договор, или праву государства, в котором заключен договор. Когда договор уступки заключается между лицами, находящимися в разных государствах, он является действительным, если удовлетворяет требованиям в отношении формы либо права, регулирующего договор, либо права одного из этих государств (статья 27).

C. Право, применимое к взаимным правам и обязательствам цедента и цессионария

57. Взаимные права и обязательства цедента и цессионария подчиняются избранному ими праву. Вопросы свободы выбора сторон регулируются публичным порядком государства суда и императивными правилами этого государства или третьей страны, с которой наиболее тесно связан договор. В отсутствие выбора сторон применимым является право государства, с которым наиболее тесно связан договор уступки. В этом случае был избран критерий "тесной связи", несмотря на неопределенность, которую он может создать, поскольку с учетом того факта, что в огромном большинстве случаев стороны избирают применительное право, вероятность того, что этот критерий будет играть существенную роль, весьма невелика (статья 28).

D. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника

58. Взаимоотношения между цессионарием и должником, условия, при которых на уступку можно ссылаться в отношении должника, и договорные ограничения на уступку подчиняются праву, регулирующему первоначальный договор. Тот факт, что большинство этих вопросов охватываются материально–правовыми нормами Конвенции, ограничивают роль данного положения. В то же время некоторые вопросы намеренно оставлены неурегулированными в материально–правовых нормах Конвенции, например вопрос о том, когда у должника возникает право на зачет согласно статье 18. Этот конкретный аспект регулируется статьей 29, по крайней мере, в отношении зачета в рамках сделки

(т.е. зачета на основании первоначального договора или любого другого договора, являющегося частью этой же сделки). Другой вопрос, подпадающий под действие статьи 29, связан с последствиями оговорок о запрещении уступки для уступок дебиторской задолжности, к которым статья 9 или статья 10 не применяется, либо поскольку такие уступки связаны с неторговой дебиторской задолженностью, либо поскольку должник не находится в государстве – участнике Конвенции. В то же время законодательные ограничения статьей 29 не охватываются. Хотя некоторые законодательные ограничения направлены на защиту должника, многие из них имеют целью защиту цедента. В отсутствие возможности привести четкое разграничение между различными видами законодательных ограничений было бы неуместно подчинять этот вопрос праву, регулирующему первоначальный договор. В любом случае, за рядом исключений, Конвенция не затрагивает законодательных ограничений.

E. Право, применимое к вопросам приоритета

59. Применительно к урегулированию вопросов о приоритете Конвенция отсылает к праву местонахождения цедента. Роль этой нормы заключается в том, что она может применяться в отношении сделок, к которым не применяется статья 22 – положения которой воспроизводятся в данной норме – по причине отсутствия территориальной связи между уступкой и государством – участником Конвенции.

VII. Заключительные положения

60. Конвенция вступает в силу по ратификации пятью государствами (статья 45). Государства могут исключить из сферы действия дополнительные виды практики путем соответствующего заявления, однако не могут исключить те виды практики, которые связаны с "торговой дебиторской задолженностью", широкое определение которой содержится в пункте 3 статьи 9 и пункте 4 статьи 10 (статья 41). Конвенция не будет применяться к таким видам практики, если цедент находится в государстве, сделавшем такое заявление. Конвенция имеет преимущественную силу по отношению к Конвенции МИУЧП о международном факторинге (Оттавская конвенция). В то же время это не затрагивает применения Оттавской конвенции к правам и обязательствам должника, если Конвенция не применяется к этому должнику (статья 38).

III. БИБЛИОГРАФИЯ ПОСЛЕДНИХ РАБОТ, КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮНСИТРАЛ: ЗАПИСКА СЕКРЕТАРИАТА

(A/CN.9/581) [Подлинный текст на английском языке]

Вышеуказанный документ воспроизведен в *Ежегоднике ЮНСИТРАЛ* за 2003 год, том XXXIV и в силу этого вторично не воспроизводится.

Следующая библиография – документ ACN.9/581, который был представлен тридцать восьмой сессии ЮНСИТРАЛ в 2006 году – будет воспроизведен в томе XXXVI *Ежегодника ЮНСИТРАЛ* за 2005 год. С библиографиями можно также ознакомиться на странице ЮНСИТРАЛ в сети Интернет по адресу *www.uncitral.org*.

IV. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A. Перечень документов, представленных Комиссии на ее тридцать седьмой сессии		
	1. Документы общего распространения	
A/CN.9/541	Аннотированная предварительная повестка дня и организация работы тридцать седьмой сессии	Не воспроизводится
A/CN.9/542	Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее двадцать девятой сессии (Вена, 1-5 сентября 2003 года)	Часть вторая, I, A
A/CN.9/543	Доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее четвертой сессии (Вена, 8-12 сентября 2003 года)	Часть вторая, V, A
A/CN.9/544	Доклад Рабочей группы III (Транспортное право) о работе ее двенадцатой сессии (Вена, 6-17 октября 2003 года)	Часть вторая, III, A
A/CN.9/545	Доклад Рабочей группы II (Арбитраж) о работе ее тридцать девятой сессии (Вена, 10-14 ноября 2003 года)	Часть вторая, II, A
A/CN.9/546	Доклад Рабочей группы IV (Электронная торговля) о работе ее сорок второй сессии (Вена, 17-21 ноября 2003 года)	Часть вторая, IV, A
A/CN.9/547	Доклад Рабочей группы II (Арбитраж) о работе ее сороковой сессии (Нью-Йорк, 23-27 февраля 2004 года)	Часть вторая, II, C
A/CN.9/548	Доклад Рабочей группы IV (Электронная торговля) о работе ее сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 15-19 марта 2004 года)	Часть вторая, IV, F
A/CN.9/549	Доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее пятой сессии (Нью-Йорк, 22-25 марта 2004 года)	Часть вторая, V, D
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)	Часть вторая, V, C
A/CN.9/551	Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее тридцатой сессии (Нью-Йорк, 29 марта - 2 апреля 2004 года)	Часть вторая, I, D
A/CN.9/552	Доклад Рабочей группы III (Транспортное право) о работе ее тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 3-14 мая 2004 года)	Часть вторая, III, F
A/CN.9/553	Записка Секретариата о возможной будущей работе в области публичных закупок	Часть вторая, VI

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A/CN.9/554	Доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАЛ/ ИНСОЛ по вопросам трансграничной несостоятельности для представителей судебных органов, 2003 год	Часть вторая, I, I
A/CN.9/555	Доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАЛ по проблеме международного коммерческого мошенничества	Часть вторая, X, B
A/CN.9/556	[*Не издавался*.]	
A/CN.9/557	Пояснительная записка к Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле	Часть третья, I
A/CN.9/558	Подборка замечаний международных организаций по проекту руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, J
A/CN.9/558/Add.1	Подборка замечаний правительств по проекту руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, J
A/CN.9/559 и Add.1-3	Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: редакционные поправки к документу A/CN.9/WG.V/WP.70	Часть вторая, I, K
A/CN.9/560	Записка Секретариата о подготовке кадров и технической помощи	Часть вторая, VIII
A/CN.9/561	Записка Секретариата о статусе конвенций и типовых законов	Часть вторая, IX
A/CN.9/562	Записка Секретариата: введение к краткому сборнику прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже	Не воспроизводится
A/CN.9/563 и Add.1	Записка Секретариата: единообразное толкование текстов ЮНСИТРАЛ: примерный краткий сборник прецедентного права по Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год)	Не воспроизводится
A/CN.9/564	Записка Секретариата о партнерских отношениях между Организацией Объединенных Наций и негосударственными субъектами, в том числе частным сектором: последние события в Организации Объединенных Наций и их возможные последствия для работы Комиссии	Часть вторая, XI
A/CN.9/565	Записка Секретариата о координации работы: деятельность международных организаций в области обеспечительных интересов	Часть вторая, X, A

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A/CN.9/566	Записка Секретариата: библиография последних работ, касающихся деятельности ЮНСИТРАЛ	*Ежегодник*, том XXXIV: 2003 год, часть третья, III
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Части I и II)	Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Записка Секретариата о режиме обеспечительных интересов в проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Записка Секретариата о проекте руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, G
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/XXXVII/CRP.1 и Add.1-18	Проект доклада Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать седьмой сессии	Не воспроизводится
A/CN.9/XXXVII/CRP.2	Пункт 16 повестки дня - прочие вопросы - предлагаемые стратегические рамки на 2006-2007 годы	Не воспроизводится
A/CN.9/XXXVII/CRP.3 и Rev.1	Проект резолюции о принятии проекта Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/XXXVII/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

B. Перечень документов, представленных Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.V/WP.66	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.V/WP.67	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать девятой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, C

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.V/XXIX/CRP.1 и Add.1-5	Проект доклада Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать девятой сессии	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.V/XXIX/CRP.2-5	Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.V/XXIX/INF.1	Список участников	Не воспроизводится
	C. Перечень документов, представленных Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии	
	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.V/WP.69	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Части I и II)	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее тридцатой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	Часть вторая, I, G
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.V/XXX/CRP.1 и Add.1-6	Проект доклада Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее тридцатой сессии	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.V/XXX/CRP.2-5	Проект доклада Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее тридцатой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.V/XXX/INF.1	Список участников	Не воспроизводится
	D. Перечень документов, представленных Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии	
	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.VI/WP.8	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A/CN.9/WG.VI/WP.9 и Add.1-4 и 6-8	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее четвертой сессии: проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	Часть вторая, V, B
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.VI/IV/CRP.1 и Add.1-6	Проект доклада Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее четвертой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.VI/IV/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

E. Перечень документов, представленных Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.VI/WP.10	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.VI/WP.11 и Add.1 и 2	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее пятой сессии: проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	Часть вторая, V, E
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.VI/V/ CRP.1 и Add.1-3	Проект доклада Рабочей группы по обеспечительным интересам о работе ее пятой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.VI/V/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

F. Перечень документов, представленных Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.III/WP.31	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов, добавление к подборке ответов на вопросник о перевозке "от двери до двери" и дополнительные замечания государств и международных организаций относительно сферы применения проекта документа	Часть вторая, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии: проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов	Часть вторая, III, C

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A/CN.9/WG.III/WP.33	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Нидерландов о применении в документе принципа "от двери до двери"	Часть вторая, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее двенадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Соединенных Штатов Америки	Часть вторая, III, E
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.III/XII/CRP.1 и Add.1-7	Проект доклада Рабочей группы по транспортному праву о работе ее двенадцатой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.III/XII/INF.1/ Rev.2	Список участников	Не воспроизводится

G. Перечень документов, представленных Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.III/WP.35	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.III/WP.36	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии: подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов	Часть вторая, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее тринадцатой сессии: подготовка проекта документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов: предложение Китая	Часть вторая, III, H
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.III/XIII/CRP.1 и Add.1-11	Проект доклада Рабочей группы по транспортному праву о работе ее тринадцатой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.III/XIII/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

H. Перечень документов, представленных Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.IV/WP.102	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии: правовые аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции	Часть вторая, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 и Add.1-4	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии: правовые аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: справочная информация	Часть вторая, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии: правовые аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: замечания Международной торговой палаты	Часть вторая, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок второй сессии: правовые аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: замечания Всемирной организации интеллектуальной собственности	Часть вторая, IV, E
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.1 и Add.1-7	Проект доклада Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок второй сессии	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2 и Add.1	Электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: предложения Германии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.IV/XLII/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

I. Перечень документов, представленных Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок третьей сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.IV/WP.107	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок третьей сессии: правовые аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции	Часть вторая, IV, B
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.IV/XLIII/CRP.1 и Add.1-7	Проект доклада Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок третьей сессии	Не воспроизводится

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.IV/XLIII/INF.1	Список участников	Не воспроизводится

J. Перечень документов, представленных Рабочей группе по международному коммерческому арбитражу и согласительной процедуре на ее тридцать девятой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.II/WP.124	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.II/WP.125	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать девятой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры	Часть вторая, II, B
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.V/XXXIX/CRP.1 и Add.1-7	Проект доклада Рабочей группы по арбитражу и согласительной процедуре о работе ее тридцать девятой сессии	Не воспроизводится
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.V/XXXIX/INF.1/ Corr.1	Список участников	Не воспроизводится

K. Перечень документов, представленных Рабочей группе по международному коммерческому арбитражу и согласительной процедуре на ее сороковой сессии

	1. Рабочие документы	
A/CN.9/WG.II/WP.126	Предварительная повестка дня	Не воспроизводится
A/CN.9/WG.II/WP.127	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры: режим ответственности	Часть вторая, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры	Часть вторая, II, E
A/CN.9/WG.II/|WP.129	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее сороковой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры: предложение Международной торговой палаты	Часть вторая, II, F
	2. Документы ограниченного распространения	
A/CN.9/WG.II/XXXX/CRP.1 и Add.1-6	Проект доклада Рабочей группы по арбитражу и согласительной процедуре о работе ее сороковой сессии	Не воспроизводится

Условное обозначение документа	*Название или описание*	*Расположение в данном томе*
	3. Документы для информации	
A/CN.9/WG.II/XXXX/INF.1/ Corr.1	Список участников	Не воспроизводится

V. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ, ВОСПРОИЗВЕДЕННЫХ В ПРЕДЫДУЩИХ ТОМАХ *ЕЖЕГОДНИКА*

В настоящем перечне конкретно указываются том, год, часть, глава и страница, где воспроизведены документы, касающиеся работы Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, в предыдущих томах *Ежегодника*; не указанные в перечне документы в *Ежегоднике* не воспроизводились. Все документы распределены по следующим категориям:

1. Доклады ежегодных сессий Комиссии
2. Резолюции Генеральной Ассамблеи
3. Доклады Шестого комитета
4. Выдержки из докладов Совета по торговле и развитию Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию
5. Документы, представленные Комиссии (в их число входят доклады сессий рабочих групп)
6. Документы, представленные рабочим группам:

   a) Рабочая группа I:
   Временные пределы и исковая давность (погасительные сроки) (1969-1974 годы);
   Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников (начиная с 2001 года);

   b) Рабочая группа II:
   Международная купля-продажа товаров (1968-1977 годы); Международная договорная практика (начиная с 1979 года); Международный коммерческий арбитраж (начиная с 2000 года);

   c) Рабочая группа III:
   Международное законодательство в области морских перевозок (1968-1978 годы);
   Транспортное право (начиная с 2002 года) **;

   d) Рабочая группа IV:
   Международные оборотные документы (1974-1987 годы); Международные платежи (1988-1992 годы); Электронный обмен данными (1993-1996 годы); Электронная торговля (начиная с 1997 года);

   e) Рабочая группа V:
   Новый международный экономический порядок (1981-1994 годы); Трансграничная несостоятельность (1995-1997 годы); Законодательство о несостоятельности (начиная с 1999 года)*

   f) Рабочая группа VI:
   Обеспечительные интересы (начиная с 2002 года)**
7. Краткие отчеты об обсуждениях в Комиссии
8. Тексты, принятые конференциями полномочных представителей
9. Библиография работ, касающихся деятельности Комиссии.

---

* Применительно к тридцать третьей сессии (Вена, 11-22 декабря 2000 года): данная Рабочая группа именовалась Рабочей группой по международной договорной практике (см. доклад Комиссии о работе ее тридцать девятой сессии (A/55/17), пункт 186).

** На своей тридцать пятой сессии Комиссия приняла решение о проведении сессий рабочих групп продолжительностью в одну неделю и создала шесть рабочих групп из трех, проводивших активную работу.

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
1. Доклады ежегодных сессий Комиссии			
A/7216 (первая сессия)	Том I: 1968-1970	Часть вторая, I, A	81
A/7618 (вторая сессия)	Том I: 1968-1970	Часть вторая, II, A	106
A/8017 (третья сессия)	Том I: 1968-1970	Часть вторая, III, A	147
A/8417 (четвертая сессия)	Том II: 1971	Часть первая, II, A	11
A/8717 (пятая сессия)	Том III: 1972	Часть первая, II, A	9
A/9017 (шестая сессия)	Том IV: 1973	Часть первая, II, A	11
A/9617 (седьмая сессия)	Том V: 1974	Часть первая, II, A	15
A/10017 (восьмая сессия)	Том VI: 1975	Часть первая, II, A	9
A/31/17 (девятая сессия)	Том VII: 1976	Часть первая, II, A	11
A/32/17 (десятая сессия)	Том VIII: 1977	Часть первая, II, A	13
A/33/17 (одиннадцатая сессия)	Том IX: 1978	Часть первая, II, A	13
A/34/17 (двенадцатая сессия)	Том X: 1979	Часть первая, II, A	13
A/35/17 (тринадцатая сессия)	Том XI: 1980	Часть первая, II, A	14
A/36/17 (четырнадцатая сессия)	Том XII: 1981	Часть первая, A	2
A/37/17 и Corr.1 (пятнадцатая сессия)	Том XIII: 1982	Часть первая, A	2
A/38/17 шестнадцатая сессия)	Том XIV: 1983	Часть первая, A	2
A/39/17 (семнадцатая сессия)	Том XV: 1984	Часть первая, A	2
A/40/17 (восемнадцатая сессия)	Том XVI: 1985	Часть первая, A	2
A/41/17 (девятнадцатая сессия)	Том XVII: 1986	Часть первая, A	8
A/42/17 (двадцатая сессия)	Том XVIII: 1987	Часть первая, A	8
A/43/17 (двадцать первая сессия)	Том XIX: 1988	Часть первая, A	8
A/44/17 двадцать вторая сессия)	Том XX: 1989	Часть первая, A	8
A/45/17 (двадцать третья сессия)	Том XXI: 1990	Часть первая, A	8
A/46/17 двадцать четвертая сессия)	Том XXII: 1991	Часть первая, A	8
A/47/17 двадцать пятая сессия)	Том XXIII: 1992	Часть первая, A	9
A/48/17 (двадцать шестая сессия)	Том XXIV: 1993	Часть первая, A	3
A/49/17 (двадцать седьмая сессия)	Том XXV: 1994	Часть первая, A	3
A/50/17 (двадцать восьмая сессия)	Том XXVI: 1995	Часть первая, A	3
A/51/17 двадцать девятая сессия)	Том XXVII: 1996	Часть первая, A	3
A/53/17 (тридцать первая сессия)	Том XXIX: 1998	Часть первая, A	3
A/54/17 (тридцать вторая сессия)	Том XXX: 1999	Часть первая, A	3
A/55/17 (тридцать третья сессия)	Том XXXIA: 2000	Часть первая, A	3
A/56/17 (тридцать четвертая сессия)	Том XXXII: 2001	Часть первая, A	3
A/57/17 (тридцать пятая сессия)	Том XXXIII: 2002	Часть первая, A	3
A/58/17 (тридцать шестая сессия)	Том XXXIV: 2003	Часть первая, A	3
2. Резолюции Генеральной Ассамблеи			
2102 (XX)	Том I: 1968-1970	Часть первая, II, A	20
2205 (XXI)	Том I: 1968-1970	Часть первая, II, E	75
2421 (XXIII)	Том I: 1968-1970	Часть вторая, I, B, 3	104
2502 (XXIV)	Том I: 1968-1970	Часть вторая II, B, 3	143
2635 (XXV)	Том II: 1971	Часть первая, I, C	8
2766 (XXVI)	Том III: 1972	Часть первая, I, C	8
2928 (XXVII)	Том IV: 1973	Часть первая, I, C	9
2929 (XXVII)	Том IV: 1973	Часть первая I, C	10
3104 (XXVIII)	Том V: 1974	Часть первая, I, C	11
3108 (XXVIII)	Том V: 1974	Часть первая, I, C	12
3316 (XXIX)	Том VI: 1975	Часть первая, I, C	7
3317 (XXIX)	Том VI: 1975	Часть третья, I, B	357
3494 (XXX)	Том VII: 1976	Часть первая, I, C	8
31/98	Том VIII: 1977	Часть первая, I, C	9

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
31/99	Том VIII: 1977	Часть первая, I, C	9
31/100	Том VIII: 1977	Часть первая, I, C	11
32/145	Том IX: 1978	Часть первая, I, C	10
32/438	Том IX: 1978	Часть первая, I, C	11
33/92	Том X: 1979	Часть первая, I, C	9
33/93	Том X: 1979	Часть первая, I, C	10
34/142	Том XI: 1980	Часть первая, I, C	10
34/143	Том XI: 1980	Часть первая, I, C	11
34/150	Том XI: 1980	Часть третья, III	361
35/166	Том XI: 1980	Часть третья, III	362
35/51	Том XI: 1980	Часть первая, II, D	71
35/52	Том XI: 1980	Часть первая, II, D	74
36/32	Том XII: 1981	Часть первая, D	41
36/107	Том XII: 1981	Часть третья I	591
36/111	Том XII: 1981	Часть третья, II	593
37/103	Том XIII: 1982	Часть третья, III	973
37/106	Том XIII: 1982	Часть первая, D	44
37/107	Том XIII: 1982	Часть первая, D	48
38/128	Том XIV: 1983	Часть третья, III	702
38/134	Том XIV: 1983	Часть первая, D	47
38/135	Том XIV: 1983	Часть первая, D	52
39/82	Том XV: 1984	Часть первая, D	40
40/71	Том XVI: 1985	Часть первая, D	75
40/72	Том XVI: 1985	Часть первая, D	77
41/77	Том XVII: 1986	Часть первая, D	62
42/152	Том XVIII: 1987	Часть первая, D	77
42/153	Том XVIII: 1987	Часть первая, E	80
43/165	Том XIX: 1988	Часть первая, D	41
43/166	Том XIX: 1988	Часть первая, E	44
44/33	Том XX: 1989	Часть первая, E	62
45/42	Том XXI: 1990	Часть первая, D	38
46/56	Том XXII: 1991	Часть первая, D	38
47/34	Том XXIII: 1992	Часть первая, D	53
48/32	Том XXIV: 1993	Часть первая, D	56
48/33	Том XXIV: 1993	Часть первая, D	57
48/34	Том XXIV: 1993	Часть первая, D	58
49/54	Том XXV: 1994	Часть первая, D	42
49/55	Том XXV: 1994	Часть первая, D	42
50/47	Том XXVI: 1995	Часть первая, D	68
50/48	Том XXVI: 1995	Часть первая, D	70
51/161	Том XXVII: 1996	Часть первая, D	52
51/162	Том XXVII: 1996	Часть первая, D	54
52/157	Том XXVIII: 1997	Часть первая, D	55
52/158	Том XXVIII: 1997	Часть первая, D	57
53/103	Том XXIX: 1998	Часть первая, D	42
54/103	Том XXX: 1999	Часть первая, D	62
55/151	Том XXXIA: 2000	Часть первая, D	85
56/79	Том XXXII: 2001	Часть первая, D	69
56/80	Том XXXII: 2001	Часть первая, D	70
56/81	Том XXXII: 2001	Часть первая, D	71
57/17	Том XXXIII: 2002	Часть первая, D	47
57/18	Том XXXIII: 2002	Часть первая, D	47
57/19	Том XXXIII: 2002	Часть первая, D	47

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
57/20	Том XXXIII: 2002	Часть первая, D	47
58/75	Том XXXIV: 2003	Часть первая, D	45
58/76	Том XXXIV: 2003	Часть первая, D	45
3. Доклады Шестого комитета			
A/5728	Том I: 1968-1970	Часть первая, I A	5
A/6396	Том I: 1968-1970	Часть первая, II, B	20
A/6594	Том I: 1968-1970	Часть первая, II, D	67
A/7408	Том I: 1968-1970	Часть вторая, I, B, 2	99
A/7747	Том I: 1968-1970	Часть вторая, II, B, 2	137
A/8146	Том II: 1971	Часть первая, I, B	3
A/8506	Том III: 1972	Часть первая, I, B	3
A/8896	Том IV: 1973	Часть первая, I, B	3
A/9408	Том V: 1974	Часть первая, I, B	4
A/9920	Том VI: 1975	Часть первая, I, B	3
A/9711	Том VI: 1975	Часть третья, I, A	357
A/10420	Том VII: 1976	Часть первая, I, B	3
A/31/390	Том VIII: 1977	Часть первая, I, B	3
A/32/402	Том IX: 1978	Часть первая, I, B	3
A/33/349	Том X: 1979	Часть первая, I, B	3
A/34/780	Том XI: 1980	Часть первая, I, B	9
A/35/627	Том XI: 1980	Часть первая, II, C	69
A/35/669	Том XII: 1981	Часть первая, C	39
A/37/620	Том XIII: 1982	Часть первая, C	42
A/38/667	Том XIV: 1983	Часть первая, C	45
A/39/698	Том XV: 1984	Часть первая, C	39
A/40/935	Том XVI: 1985	Часть первая, C	74
A/41/861	Том XVII: 1986	Часть первая, C	60
A/42/836	Том XVIII: 1987	Часть первая, C	74
A/43/820	Том XIX: 1988	Часть первая, C	39
A/C.6/43/L.2	Том XIX: 1988	Часть третья, II, A	332
A/43/405 и Add.1-3	Том XIX: 1988	Часть третья, II, B	335
A/44/453 и Add.1	Том XX: 1989	Часть первая, C	56
A/44/723	Том XX: 1989	Часть первая, D	61
A/45/736	Том XXI: 1990	Часть первая, C	37
A/46/688	Том XXII: 1991	Часть первая, C	75
A/47/586	Том XXIII: 1992	Часть первая, C	52
A/48/613	Том XXIV: 1993	Часть первая, C	55
A/49/739	Том XXV: 1994	Часть первая, C	40
A/50/640 и Corr.1	Том XXVI: 1995	Часть первая, C	67
A/51/628	Том XXVII: 1996	Часть первая, C	51
A/52/649	Том XXVIII: 1997	Часть первая, C	54
A/53/632	Том XXIX: 1998	Часть первая, C	41
A/54/611	Том XXX: 1999	Часть первая, C	61
A/55/608	Том XXXIA: 2000	Часть первая, C	85
A/56/588	Том XXXII: 2001	Часть первая, C	67
A/57/562	Том XXXIII: 2002	Часть первая, C	46
A/58/513	Том XXXIV: 2003	Часть первая, C	43
4. Выдержки из докладов Совета по торговле и развитию Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию			
A/7214	Том I: 1968-1970	Часть вторая, I, B, 1	97
A/7616	Том I: 1968-1970	Часть вторая, II, B, 1	136
A/8015/Rev.1	Том II: 1971	Часть первая, I, A	3

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
TD/B/C.4/86	Том II: 1971	Часть вторая, III	151
A/8415/Rev.1	Том III: 1972	Часть первая, I, A	3
A/8715/Rev.1	Том IV: 1973	Часть первая, I, A	3
A/9015/Rev.1	Том V: 1974	Часть первая, I, A	3
A/9615/Rev.1	Том VI: 1975	Часть первая, I, A	3
A/10015/Rev.1	Том VII: 1976	Часть первая, I, A	3
TD/B/617	Том VIII: 1977	Часть первая, I, A	3
TD/B/664	Том IX: 1978	Часть первая, I, A	3
A/33/15/Vol.II	Том X: 1979	Часть первая, I, A	3
A/34/15/Vol.II	Том XI: 1980	Часть первая, I, A	8
A/35/15/Vol.II	Том XI: 1980	Часть первая, II, B	68
A/36/15/Vol.II	Том XII: 1981	Часть первая, B	39
TD/B/930	Том XIII: 1982	Часть первая, B	42
TD/B/973	Том XIV: 1983	Часть первая, B	44
TD/B/1026	Том XV: 1984	Часть первая, B	38
TD/B/1077	Том XVI: 1985	Часть первая, B	73
TD/B/L.810/Add.9	Том XVII: 1986	Часть первая, B	60
A/42/15	Том XVIII: 1987	Часть первая, B	73
TD/B/1193	Том XIX: 1988	Часть первая, B	38
TD/B/1234/Vol.II	Том XX: 1989	Часть первая, B	55
TD/B/1277/Vol.II	Том XXI: 1990	Часть первая, B	36
TD/B/1309/Vol.II	Том XXII: 1991	Часть первая, B	74
TD/B/39(1)/15	Том XXIII: 1992	Часть первая, B	51
TD/B/40(1)/14(Vol.I)	Том XXIV: 1993	Часть первая, B	54
TD/B/41(1)/14(Vol.I)	Том XXV: 1994	Часть первая, B	40
TD/B/42(1)/19(Vol.I)	Том XXVI: 1995	Часть первая, B	67
TD/B/43(1)/12(Vol.I)	Том XXVII: 1996	Часть первая, B	51
TD/B/44(1)/19(Vol.I)	Том XXVIII: 1997	Часть первая, B	54
TD/B/45/13(Vol.I)	Том XXIX: 1998	Часть первая, B	41
TD/B/46/15(Vol.I)	Том XXX: 1999	Часть первая, B	61
TD/B/47/11(Vol.I)	Том XXXIA: 2000	Часть первая, B	84
TD/B/48/18(Vol.I)	Том XXXII: 2001	Часть первая, B	66
TD/B/49/15(Vol.I)	Том XXXIII: 2002	Часть первая, B	45
TD/B/50/14(Vol.I)	Том XXXIV: 2003	Часть первая, B	42
5. Документы, представленные Комиссии, включая доклады сессий рабочих групп			
A/C.6/L.571	Том I: 1968-1970	Часть первая, I, B	6
A/C.6/L.572	Том I: 1968-1970	Часть первая, I, C	14
A/CN.9/15 и Add.1	Том I: 1968-1970	Часть третья, III, B	294
A/CN.9/18	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, C, 1	237
A/CN.9/19	Том I: 1968-1970	Часть третья, III, A, 1	275
A/CN.9/21 и Corr.1	Том I: 1968-1970	Часть третья, IV, A	299
A/CN.9/30	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, D	248
A/CN.9/31	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, A, 1	181
A/CN.9/33	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, B	231
A/CN.9/34	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, C, 2	246
A/CN.9/35	Том I: 1968-1970	Часть третья, I, A, 2	201
A/CN.9/38	Том I: 1968-1970	Часть третья, III, A, 2	279
A/CN.9/L.19	Том I: 1968-1970	Часть третья, V, A	329
A/CN.9/38/Add.1	Том II: 1971	Часть вторая, II, 1	129
A/CN.9/41	Том I: 1968-1970	Часть третья, II, A	268
A/CN.9/48	Том II: 1971	Часть вторая II, 2	130
A/CN.9/50	Том II: 1971	Часть вторая, I, C, 2	101
A/CN.9/52	Том II: 1971	Часть вторая, I, A, 2	58

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/54	Том II: 1971	Часть вторая, I, B, 1	77
A/CN.9/55	Том II: 1971	Часть вторая, III	151
A/CN.9/60	Том II: 1971	Часть вторая, IV	157
A/CN.9/62 и Add.1 и 2	Том III: 1972	Часть вторая, I, A, 5	91
A/CN.9/63 и Add.1	Том III: 1972	Часть вторая, IV	301
A/CN.9/64	Том III: 1972	Часть вторая, III	225
A/CN.9/67	Том III: 1972	Часть вторая, II, 1	169
A/CN.9/70 и Add.2	Том III: 1972	Часть вторая, I, B, 1	111
A/CN.9/73	Том III: 1972	Часть вторая, I, B, 3	134
A/CN.9/74	Том IV: 1973	Часть вторая, IV, 1	161
A/CN.9/75	Том IV: 1973	Часть вторая, I, A, 3	71
A/CN.9/76 и Add.1	Том IV: 1973	Часть вторая, IV, 4 и 5	187, 237
A/CN.9/77	Том IV: 1973	Часть вторая, II, 1	119
A/CN.9/78	Том IV: 1973	Часть вторая I, B	93
A/CN.9/79	Том IV: 1973	Часть вторая, III, 1	153
A/CN.9/82	Том IV: 1973	Часть вторая, V	257
A/CN.9/86	Том V: 1974	Часть вторая, II, 1	109
A/CN.9/87	Том V: 1974	Часть вторая, I, 1	33
A/CN.9/87	Том V: 1974	Часть вторая, I, 2-5	58
A/CN.9/88 и Add.1	Том V: 1974	Часть вторая, III, 1 и 2	127
A/CN.9/91	Том V: 1974	Часть вторая, IV	217
A/CN.9/94 и Add.1 и 2	Том V: 1974	Часть вторая, V	223
A/CN.9/96 и Add.1	Том VI: 1975	Часть вторая, IV, 1 и 2	223
A/CN.9/97 и Add.1-4	Том VI: 1975	Часть вторая, III	193
A/CN.9/98	Том VI: 1975	Часть вторая, I, 6	134
A/CN.9/99	Том VI: 1975	Часть вторая, II, 1	141
A/CN.9/100	Том VI: 1975	Часть вторая, I, 1-5	53
A/CN.9/101 и Add.1	Том VI: 1975	Часть вторая, II, 3 и 4	161
A/CN.9/102	Том VI: 1975	Часть вторая, II, 5	188
A/CN.9/103	Том VI: 1975	Часть вторая, V	305
A/CN.9/104	Том VI: 1975	Часть вторая, VI	329
A/CN.9/105	Том VI: 1975	Часть вторая, IV, 3 и 4	265
A/CN.9/106	Том VI: 1975	Часть вторая, VIII	341
A/CN.9/107	Том VI: 1975	Часть вторая, VII	337
A/CN.9/109 и Add.1 и 2	Том VII: 1976	Часть вторая, IV, 1-3	225
A/CN.9/110	Том VII: 1976	Часть вторая, IV, 4	313
A/CN.9/112 и Add.1	Том VII: 1976	Часть вторая, III, 1 и 2	181
A/CN.9/113	Том VII 1976:	Часть вторая, III, 3	211
A/CN.9/114	Том VII: 1976	Часть вторая, III, 4	222
A/CN.9/115	Том VII: 1976	Часть вторая, IV, 5	358
A/CN.9/116	Том VII: 1976	Часть вторая, I, 1-3	93
A/CN.9/117	Том VII: 1976	Часть вторая, II, 1	165
A/CN.9/119	Том VII: 1976	Часть вторая, VI	365
A/CN.9/121	Том VII: 1976	Часть вторая, V	363
A/CN.9/125 и Add.1-3	Том VIII: 1977	Часть вторая, I, D	130
A/CN.9/126	Том VIII: 1977	Часть вторая, I, E	174
A/CN.9/127	Том VIII: 1977	Часть вторая, III	267
A/CN.9/128	Том VIII: 1977	Часть вторая, I, A-C	85
A/CN.9/129 и Add.1	Том VIII: 1977	Часть вторая, VI, A и B	369
A/CN.9/131	Том VIII: 1977	Часть вторая, II, A	211
A/CN.9/132	Том VIII: 1977	Часть вторая, II, B	272
A/CN.9/133	Том VIII: 1977	Часть вторая, IV, A	289
A/CN.9/135	Том VIII: 1977	Часть вторая, I, F	203
A/CN.9/137	Том VIII: 1977	Часть вторая, V	365

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/139	Том VIII: 1977	Часть вторая, IV, B	339
A/CN.9/141	Том IX: 1978	Часть вторая, II, A	185
A/CN.9/142	Том IX: 1978	Часть вторая, I, A	73
A/CN.9/143	Том IX: 1978	Часть вторая, I, C	130
A/CN.9/144	Том IX: 1978	Часть вторая, I, D	132
A/CN.9/145	Том IX: 1978	Часть вторая, I, E	150
A/CN.9/146 и Add.1-4	Том IX: 1978	Часть вторая, I, F	157
A/CN.9/147	Том IX: 1978	Часть вторая, II, B	202
A/CN.9/148	Том IX: 1978	Часть вторая, III	225
A/CN.9/149 и Corr.1 и 2	Том IX: 1978	Часть вторая, IV, A	227
A/CN.9/151	Том IX: 1978	Часть вторая, V	247
A/CN.9/155	Том IX: 1978	Часть вторая, IV, B	245
A/CN.9/156	Том IX: 1978	Часть вторая, IV, C	246
A/CN.9/157	Том X: 1979	Часть вторая, II, A	75
A/CN.9/159	Том X: 1979	Часть вторая, I, A	43
A/CN.9/160	Том X: 1979	Часть вторая, I, B	45
A/CN.9/161	Том X: 1979	Часть вторая, I, C	46
A/CN.9/163	Том X: 1979	Часть вторая, II, B	96
A/CN.9/164	Том X: 1979	Часть вторая, I, D	58
A/CN.9/165	Том X: 1979	Часть вторая, II, C	100
A/CN.9/166	Том X: 1979	Часть вторая, III, A	109
A/CN.9/167	Том X: 1979	Часть вторая, III, B	113
A/CN.9/168	Том X: 1979	Часть вторая, III, C	123
A/CN.9/169	Том X: 1979	Часть вторая, III, D	133
A/CN.9/170	Том X: 1979	Часть вторая, III, E	135
A/CN.9/171	Том X: 1979	Часть вторая, IV	139
A/CN.9/172	Том X: 1979	Часть вторая, V, A	151
A/CN.9/175	Том X: 1979	Часть вторая, VI	161
A/CN.9/176	Том XI: 1980	Часть вторая, V, A	252
A/CN.9/177	Том XI: 1980	Часть вторая, II	78
A/CN.9/178	Том XI: 1980	Часть вторая, III, A	88
A/CN.9/179	Том XI: 1980	Часть вторая, IV, A	210
A/CN.9/180	Том XI: 1980	Часть вторая, IV, B	216
A/CN.9/181	Том XI: 1980	Часть вторая, III, B, C	113
A/CN.9/183	Том XI 1980	Часть вторая, I	77
A/CN.9/186	Том XI: 1980	Часть вторая, III, D	194
A/CN.9/187 и Add.1-3	Том XI: 1980	Часть вторая, IV, C	235
A/CN.9/189	Том XI: 1980	Часть вторая, IV, D	246
A/CN.9/191	Том XI: 1980	Часть вторая, V, B	262
A/CN.9/192 и Add.1 и 2	Том XI: 1980	Часть вторая, VI	297
A/CN.9/193	Том XI 1980	Часть вторая, V, C	292
A/CN.9/194	Том XI: 1980	Часть вторая, V, D	296
A/CN.9/196	Том XII: 1981	Часть вторая, II, A	105
A/CN.9/197	Том XII: 1981	Часть вторая, I, A	47
A/CN.9/198	Том XII: 1981	Часть вторая, IV, A	205
A/CN.9/199	Том XII: 1981	Часть вторая, II, B	151
A/CN.9/200	Том XII: 1981	Часть вторая, II, C	154
A/CN.9/201	Том XII: 1981	Часть вторая, I, C	102
A/CN.9/202 и Add.1-4	Том XII: 1981	Часть вторая, V, A	427
A/CN.9/203	Том XII: 1981	Часть вторая, V, B	533
A/CN.9/204	Том XII: 1981	Часть вторая, VIII	585
A/CN.9/205/Rev.1	Том XII: 1981	Часть вторая, VI	575
A/CN.9/206	Том XII: 1981	Часть вторая, VII	579
A/CN.9/207	Том XII: 1981	Часть вторая, III	163

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/208	Том XII: 1981	Часть вторая, V, C	573
A/CN.9/210	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 1	85
A/CN.9/211	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 3	242
A/CN.9/212	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 5	425
A/CN.9/213	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 4	274
A/CN.9/214	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 6	450
A/CN.9/215	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, B, 1	577
A/CN.9/216	Том XIII: 1982	Часть вторая, III, A	657
A/CN.9/217	Том XIII: 1982	Часть вторая, IV, A	726
A/CN.9/218	Том XIII: 1982	Часть вторая, I, A	51
A/CN.9/219 и Add.1	Том XIII: 1982	Часть вторая, I, B	68
A/CN.9/220	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, B, 3	621
A/CN.9/221	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, C	624
A/CN/9/222	Том XIII: 1982	Часть вторая, III, C	714
A/CN.9/223	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 7	574
A/CN.9/224	Том XIII: 1982	Часть вторая, V	908
A/CN.9/225	Том XIII: 1982	Часть вторая, VI, B	924
A/CN.9/226	Том XIII: 1982	Часть вторая, VI, A	920
A/CN.9/227	Том XIII: 1982	Часть вторая, VII	955
A/CN.9/228	Том XIII: 1982	Часть вторая, VIII	959
A/CN.9/229	Том XIII: 1982	Часть вторая, VI, C	949
A/CN.9/232	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, A	71
A/CN.9/233	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, C	140
A/CN.9/234	Том XIV: 1983	Часть вторая, IV, A	229
A/CN.9/235	Том XIV: 1983	Часть вторая, I	55
A/CN.9/236	Том XIV: 1983	Часть вторая, V, C	431
A/CN.9/237 и Add.1-3	Том XIV: 1983	Часть вторая, V, B	350
A/CN.9/238	Том XIV: 1983	Часть вторая, V, D	446
A/CN.9/239	Том XIV: 1983	Часть вторая, V, A	345
A/CN.9/240	Том XIV: 1983	Часть вторая, VII	493
A/CN.9/241	Том XIV: 1983	Часть вторая, VI	489
A/CN.9/242	Том XIV: 1983	Часть вторая, II	68
A/CN.9/245	Том XV: 1984	Часть вторая, II, A, 1	260
A/CN.9/246	Том XV: 1984	Часть вторая, II, B, 1 и 2	327
A/CN.9/247	Том XV: 1984	Часть вторая, III, A	409
A/CN.9/248	Том XV: 1984	Часть вторая, I, A, 1	43
A/CN.9/249 и Add.1	Том XV: 1984	Часть вторая, I, A, 2	175
A/CN.9/250 и Add.1-4	Том XV: 1984	Часть вторая, I, B	193
A/CN.9/251	Том XV: 1984	Часть вторая, V, B	563
A/CN.9/252	Том XV: 1984	Часть вторая, IV, A и B	513
A/CN.9/253	Том XV: 1984	Часть вторая, V, C	587
A/CN.9/254	Том XV: 1984	Часть вторая, V, D	596
A/CN.9/255	Том XV: 1984	Часть вторая, V, A	560
A/CN.9/256	Том XV: 1984	Часть вторая, VII	606
A/CN.9/257	Том XV: 1984	Часть вторая, VI	602
A/CN.9/259	Том XVI: 1985	Часть вторая, III, A, 1	304
A/CN.9/260	Том XVI: 1985	Часть вторая, IV, A	506
A/CN.9/261	Том XVI: 1985	Часть вторая, II, A	219
A/CN.9/262	Том XVI: 1985	Часть вторая, III, B, 1	381
A/CN.9/263 и Add.1-3	Том XVI: 1985	Часть вторая, I, A	79
A/CN.9/264	Том XVI: 1985	Часть вторая, I, B	158
A/CN.9/265	Том XVI: 1985	Часть вторая, V	543
A/CN.9/266 и Add.1 и 2	Том XVI: 1985	Часть вторая, II, B	233
A/CN.9/267	Том XVI: 1985	Часть вторая, IX	594

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/268	Том XVI: 1985	Часть вторая, III, C	505
A/CN.9/269	Том XVI: 1985	Часть вторая, VI	567
A/CN.9/270	Том XVI: 1985	Часть вторая, VIII	591
A/CN.9/271	Том XVI: 1985	Часть вторая, VII	587
A/CN.9/273	Том XVII: 1986	Часть вторая, I, A, 1	66
A/CN.9/274	Том XVII: 1986	Часть вторая, I, A, 2	94
A/CN.9/275	Том XVII: 1986	Часть вторая, III, A	285
A/CN.9/276	Том XVII: 1986	Часть вторая, II, A	139
A/CN.9/277	Том XVII: 1986	Часть вторая, II, C	266
A/CN.9/278	Том XVII: 1986	Часть вторая, I, B	132
A/CN.9/279	Том XVII: 1986	Часть вторая, V	365
A/CN.9/280	Том XVII: 1986	Часть вторая, IV	343
A/CN.9/281	Том XVII: 1986	Часть вторая, VI	386
A/CN.9/282	Том XVII: 1986	Часть вторая, VIII	443
A/CN.9/283	Том XVII: 1986	Часть вторая, VII	437
A/CN.9/285	Том XVII: 1986	Часть вторая, I, A, 4	127
A/CN.9/287	Том XVIII: 1987	Часть вторая, III, A	204
A/CN.9/288	Том XVIII: 1987	Часть вторая, I, 1	288
A/CN.9/289	Том XVIII: 1987	Часть вторая, II, A, 1	189
A/CN.9/290	Том XVIII: 1987	Часть вторая, II, A, 4	201
A/CN.9/291	Том XVIII: 1987	Часть вторая, II, B	202
A/CN.9/292	Том XVIII: 1987	Часть вторая, IV	243
A/CN.9/293	Том XVIII: 1987	Часть вторая, VI	257
A/CN.9/294	Том XVIII: 1987	Часть вторая, V	250
A/CN.9/297	Том XIX: 1988	Часть вторая, I, A, 1	50
A/CN.9/298	Том XIX: 1988	Часть вторая, II, A	117
A/CN.9/299	Том XIX: 1988	Часть вторая, X, B	291
A/CN.9/300	Том XIX: 1988	Часть вторая, X, A	286
A/CN.9/301	Том XIX: 1988	Часть вторая, I, B	89
A/CN.9/302	Том XIX: 1988	Часть вторая, III	164
A/CN.9/303	Том XIX: 1988	Часть вторая, IX	263
A/CN.9/304	Том XIX: 1988	Часть вторая, VII, A	223
A/CN.9/305	Том XIX: 1988	Часть вторая, VII, B	231
A/CN.9/306	Том XIX: 1988	Часть вторая, IV	189
A/CN.9/307	Том XIX: 1988	Часть вторая, V, A	198
A/CN.9/308	Том XIX: 1988	Часть вторая, V, B	205
A/CN.9/309	Том XIX: 1988	Часть вторая, VI	211
A/CN.9/310	Том XIX: 1988	Часть вторая, VII, D	250
A/CN.9/311	Том XIX: 1988	Часть вторая, VIII	254
A/CN.9/312	Том XIX: 1988	Часть вторая, VII, C	242
A/CN.9/315	Том XX: 1989	Часть вторая, II, A	162
A/CN.9/316	Том XX: 1989	Часть вторая, IV, A	316
A/CN.9/317	Том XX: 1989	Часть вторая, I, A	66
A/CN.9/318	Том XX: 1989	Часть вторая, I, C	109
A/CN.9/319 и Add.1-5	Том XX: 1989	Часть вторая, III, A	227
A/CN.9/320	Том XX: 1989	Часть вторая, III, B	269
A/CN.9/321	Том XX: 1989	Часть вторая, III, C	277
A/CN.9/322	Том XX: 1989	Часть вторая, V	315
A/CN.9/323	Том XX: 1989	Часть вторая, VIII	369
A/CN.9/324	Том XX: 1989	Часть вторая, VI	328
A/CN.9/325	Том XX: 1989	Часть вторая, VII	362
A/CN.9/328	Том XXI: 1990	Часть вторая, I, A	41
A/CN.9/329	Том XXI 1990:	Часть вторая, I, D	111
A/CN.9/330	Том XXI: 1990	Часть вторая, IV, A	339

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/331	Том XXI: 1990	Часть вторая, II, A	182
A/CN.9/332 и Add.1-7	Том XXI: 1990	Часть вторая, III	280
A/CN.9/333	Том XXI: 1990	Часть вторая, V	378
A/CN.9/334	Том XXI: 1990	Часть вторая, VI	398
A/CN.9/335	Том XXI: 1990	Часть вторая, IX	436
A/CN.9/336	Том XXI: 1990	Часть вторая, VII	399
A/CN.9/337	Том XXI: 1990	Часть вторая, VIII	429
A/CN.9/338	Том XXI: 1990	Часть вторая, X	441
A/CN.9/341	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, C	230
A/CN.9/342	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, A	493
A/CN.9/343	Том XXII: 1991	Часть вторая, II, A	410
A/CN.9/344	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, E	310
A/CN.9/345	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, C	538
A/CN.9/346	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, A	81
A/CN.9/347 и Add.1	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, B	154
A/CN.9/348	Том XXII: 1991	Часть вторая, V, B	630
A/CN.9/349	Том XXII: 1991	Часть вторая, VIII	679
A/CN.9/350	Том XXII: 1991	Часть вторая, IV	602
A/CN.9/351	Том XXII: 1991	Часть вторая, VII	674
A/CN.9/352	Том XXII: 1991	Часть вторая, V, A	629
A/CN.9/353	Том XXII: 1991	Часть вторая, VI	666
A/CN.9/356	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, A	324
A/CN.9/357	Том XXIII: 1992	Часть вторая, II, A	68
A/CN.9/358	Том XXIII: 1992	Часть вторая, IV, A	481
A/CN.9/359	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, C	408
A/CN.9/360	Том XXIII: 1992	Часть вторая, V, A	571
A/CN.9/361	Том XXIII: 1992	Часть вторая, IV, C	538
A/CN.9/362 и Add.1-17	Том XXIII: 1992	Часть вторая, II, C	156
A/CN.9/363	Том XXIII: 1992	Часть вторая, VIII	639
A/CN.9/364	Том XXIII: 1992	Часть вторая, VI, A	626
A/CN.9/367	Том XXIII: 1992	Часть вторая, I, A	57
A/CN.9/368	Том XXIII: 1992	Часть вторая, VII	631
A/CN.9/371	Том XXIV: 1993	Часть вторая, I, A	61
A/CN.9/372	Том XXIV: 1993	Часть вторая, II, A	227
A/CN.9/373	Том XXIV: 1993	Часть вторая, III, A	307
A/CN.9/374 и Corr.1	Том XXIV: 1993	Часть вторая, II, C	283
A/CN.9/375	Том XXIV: 1993	Часть вторая, I, C	162
A/CN.9/376 и Add.1-2	Том XXIV: 1993	Часть вторая, I, D	196
A/CN.9/377	Том XXIV: 1993	Часть вторая, I, E	222
A/CN.9/378 и Add.1-5	Том XXIV: 1993	Часть вторая, IV, A-F	359
A/CN.9/379	Том XXIV: 1993	Часть вторая, VII	455
A/CN.9/380	Том XXIV: 1993	Часть вторая, V	413
A/CN.9/381	Том XXIV: 1993	Часть вторая, VI	445
A/CN.9/384	Том XXV: 1994	Часть вторая, VI, A	341
A/CN.9/385	Том XXV: 1994	Часть вторая, VII	357
A/CN.9/386	Том XXV: 1994	Часть вторая, VI, B	349
A/CN.9/387	Том XXV: 1994	Часть вторая, III, A	211
A/CN.9/388	Том XXV: 1994	Часть вторая, II, A	163
A/CN.9/389	Том XXV: 1994	Часть вторая, I, A	47
A/CN.9/390	Том XXV: 1994	Часть вторая, III, C	263
A/CN.9/391	Том XXV: 1994	Часть вторая, II, C	190
A/CN.9/392	Том XXV: 1994	Часть вторая, I, C	78
A/CN.9/393	Том XXIV: 1993	Часть третья, II	493
A/CN.9/394	Том XXV: 1994	Часть вторая, I, E	154

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/395	Том XXV: 1994	Часть вторая, VIII	363
A/CN.9/396 и Add.1	Том XXV: 1994	Часть вторая, IV	297
A/CN.9/397	Том XXV: 1994	Часть вторая, V, A	321
A/CN.9/398	Том XXV: 1994	Часть вторая, V, B	334
A/CN.9/399	Том XXV: 1994	Часть вторая, V,	339
A/CN.9/400	Том XXV: 1994	Часть вторая, X	407
A/CN.9/401	Том XXV: 1994	Часть вторая, IX, A	393
A/CN.9/401/Add.1	Том XXV: 1994	Часть вторая, IX, B	402
A/CN.9/403	Том XXV: 1994	Часть третья, II	441
A/CN.9/405	Том XXVI 1995	Часть вторая, I, A	77
A/CN.9/406	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, A	131
A/CN.9/407	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, C	169
A/CN.9/408	Том XXVI: 1995	Часть вторая, I, C	107
A/CN.9/409 и Add.1-4	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, E	215
A/CN.9/410	Том XXVI: 1995	Часть вторая, III	237
A/CN.9/411	Том XXVI: 1995	Часть вторая, I, D	127
A/CN.9/412	Том XXVI: 1995	Часть вторая, IV, C	265
A/CN.9/413	Том XXVI: 1995	Часть вторая, IV, A	253
A/CN.9/414	Том XXVI: 1995	Часть вторая, IV, B	256
A/CN.9/415	Том XXVI: 1995	Часть вторая, VI	289
A/CN.9/416	Том XXVI: 1995	Часть третья, V	281
A/CN.9/419	Том XXVII: 1996	Часть вторая, III, A	147
A/CN.9/420	Том XXVII: 1996	Часть вторая, IV	247
A/CN.9/421	Том XXVII: 1996	Часть вторая, II, A	77
A/CN.9/422	Том XXVII: 1996	Часть вторая, III, C	194
A/CN.9/423	Том XXVII: 1996	Часть вторая, I, A	57
A/CN.9/424	Том XXVII: 1996	Часть вторая, V	283
A/CN.9/425	Том XXVII: 1996	Часть вторая, I, B	74
A/CN.9/426	Том XXVII: 1996	Часть вторая, II, C	123
A/CN.9/427	Том XXVII: 1996	Часть вторая, VII	289
A/CN.9/428	Том XXVII: 1996	Часть вторая, VI	281
A/CN.9/431 и Corr.1	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, V	409
A/CN.9/432	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, A	177
A/CN.9/433	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, I, A	61
A/CN.9/434	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, C	244
A/CN.9/435	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, I, C	102
A/CN.9/436	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, I, E	155
A/CN.9/437	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, III, A	315
A/CN.9/438 и Add.1-3	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, IV	369
A/CN.9/439	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, VIII	421
A/CN.9/440	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, VII	419
A/CN.9/444 и Add.1-5	Том XXIX: 1998	Часть вторая, III	249
A/CN.9/445	Том XXIX: 1998	Часть вторая, I, A	47
A/CN.9/446	Том XXIX: 1998	Часть вторая, II, A	175
A/CN.9/447	Том XXIX: 1998	Часть вторая, I, C	118
A/CN.9/448	Том XXIX: 1998	Часть вторая, VI	345
A/CN.9/449	Том XXIX: 1998	Часть вторая, V	343
A/CN.9/450	Том XXIX: 1998	Часть вторая, II, D	246
A/CN.9/454	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, A	211
A/CN.9/455	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, A	67
A/CN.9/456	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, E	137
A/CN.9/457	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, D	270
A/CN.9/458 и Add.1-9	Том XXX: 1999	Часть вторая, III	319
A/CN.9/459 и Add.1	Том XXX: 1999	Часть вторая, IV	485

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/460	Том XXX: 1999	Часть вторая, V	511
A/CN.9/461	Том XXX: 1999	Часть вторая, IX	545
A/CN.9/462	Том XXX: 1999	Часть вторая, VIII	543
A/CN.9/462/Add.1	Том XXX: 1999	Часть вторая, VI	537
A/CN.9/465	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, III, A	523
A/CN.9/466	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, A	257
A/CN.9/467	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, III, C	586
A/CN.9/468	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, IV, A	659
A/CN.9/469	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, V, A	711
A/CN.9/470	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, E	393
A/CN.9/471 и Add.1-9	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, I	91
A/CN.9/472 и Add.1-4	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, F	474
A/CN.9/473	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, IX	877
A/CN.9/474	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, VIII	875
A/CN.9/475	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, V, C	768
A/CN.9/476	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, V, D	787
A/CN.9/477	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, VI, A	797
A/CN.9/478	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, VI, B	817
A/CN.9/479	Том XXXIB: 2000	Часть вторая, VI, C	824
A/CN.9/483	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, A	195
A/CN.9/484	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, C	245
A/CN.9/485 и Corr.1	Том XXXII: 2001	Часть вторая, III, A	369
A/CN.9/486	Том XXXII: 2001	Часть вторая, I, A	75
A/CN.9/487	Том XXXII: 2001	Часть вторая, III, D	419
A/CN.9/488	Том XXXII: 2001	Часть вторая, V, A	461
A/CN.9/489 и Add.1	Том XXXII: 2001	Часть вторая, I, B	112
A/CN.9/490 и Add.1-5	Том XXXII: 2001	Часть вторая, I, C	164
A/CN.9/491 и Add.1	Том XXXII: 2001	Часть вторая, I, D	184
A/CN.9/492 и Add.1-3	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, I	328
A/CN.9/493	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, J	339
A/CN.9/494	Том XXXII: 2001	Часть вторая, VIII	507
A/CN.9/495	Том XXXII: 2001	Часть вторая, IV	455
A/CN.9/496	Том XXXII: 2001	Часть вторая, V, B	464
A/CN.9/497	Том XXXII: 2001	Часть вторая, V, C	490
A/CN.9/498	Том XXXII: 2001	Часть вторая, VI	499
A/CN.9/499	Том XXXII: 2001	Часть вторая, IX, B	516
A/CN.9/500	Том XXXII: 2001	Часть вторая, IX, A	513
A/CN.9/501	Том XXXII: 2001	Часть вторая, VII	505
A/CN.9/504	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, A	187
A/CN.9/505	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, II	169
A/CN.9/506	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, A	55
A/CN.9/507	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, D	263
A/CN.9/508	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, D	103
A/CN.9/509	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, IV, A	403
A/CN.9/510	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, VI, A	569
A/CN.9/511	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, H	364
A/CN.9/512	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, V, A	473
A/CN.9/513 и Add.1-2	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, G	143
A/CN.9/514	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, H	151
A/CN.9/515	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, IX	661
A/CN.9/516	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, VIII	659
A/CN.9/518	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, J	399
A/CN.9/521	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, I, A	51
A/CN.9/522 и Add.1 и 2	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, I, C	90

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/523	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, III, A	367
A/CN.9/524	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, III, C	382
A/CN.9/525	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, A	403
A/CN.9/526	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, C	427
A/CN.9/527	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, A	635
A/CN.9/528	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, C	664
A/CN.9/529	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, A	181
A/CN.9/531	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, VI, A	707
A/CN.9/532	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, VI, C	753
A/CN.9/533 и Add.1-7	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, I, D	163
A/CN.9/534	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, G	358
A/CN.9/535	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, F	355
A/CN.9/536	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IX	793
A/CN.9/537	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, X	799
A/CN.9/539 и Add.1	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, VII, A	769
A/CN.9/540	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, VII, B	781

6. Документы, представленные рабочим группам

a) Рабочая группа I

i) Временные пределы и исковая давность (погасительные сроки)

A/CN.9/WG.I/WP.9	Том II: 1971	Часть вторая, I, C, 1	85

ii) Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников

A/CN.9/WG.I/WP.29 и Add.1 и 2	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, I, B	90

b) Рабочая группа II

i) Международная купля-продажа товаров

A/CN.9/WG.2/WP.1	Том I: 1968-1979	Часть третья, I, A, 2	201
A/CN.9/WG.2/WP.6	Том II: 1971	Часть вторая, I, A, 1	43
A/CN.9/WG.2/WP.8	Том III: 1972	Часть вторая, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.9	Том III: 1972	Часть вторая, I, A, 2	47
A/CN.9/WG.2/WP.10	Том III: 1972	Часть вторая, I, A, 3	64
A/CN.9/WG.2/WP.11	Том III: 1972	Часть вторая, I, A, 4	82
A/CN.9/WG.2/WP.15	Том IV: 1973	Часть вторая, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.16	Том IV: 1973	Часть вторая, I, A, 2	40
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Том V: 1974	Часть вторая, I, 3	68
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Том V: 1974	Часть вторая, I, 4	74
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Том V: 1974	Часть вторая, I, 4	89
A/CN.9/WG.2/WP.20	Том VI: 1975	Часть вторая, I, 4	101
A/CN.9/WG.2/WP.21 и Add.1 и 2	Том VI: 1975	Часть вторая, I, 3	79
A/CN.9/WG.2/WP.26 и Add.1 и приложение I	Том VIII: 1977	Часть вторая, I, C	108
A/CN.9/WG.2/WP.27	Том IX: 1978	Часть вторая, I, B	104
A/CN.9/WG.2/WP.28	Том IX: 1978	Часть вторая, I, B	117

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
	ii) Международная договорная практика		
A/CN.9/WG.II/WP.33 и Add.1	Том XII: 1981	Часть вторая, I, B, 1 и 2	61
A/CN.9/WG.II/WP.35	Том XIII: 1982	Часть вторая, III, B	693
A/CN.9/WG.II/WP.37	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, B, 1	116
A/CN.9/WG.II/WP.38	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, B, 2	130
A/CN.9/WG.II/WP.40	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, D, 1	184
A/CN.9/WG.II/WP.41	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, D, 2	201
A/CN.9/WG.II/WP.42	Том XIV: 1983	Часть вторая, III, D, 3	218
A/CN.9/WG.II/WP.44	Том XV: 1984	Часть вторая, II, A, 2(a)	303
A/CN.9/WG.II/WP.45	Том XV: 1984	Часть вторая, II, A, 2(b)	313
A/CN.9/WG.II/WP.46	Том XV: 1984	Часть вторая, II, A, 2(c)	321
A/CN.9/WG.II/WP.48	Том XV: 1984	Часть вторая, II, B, 3(a)	379
A/CN.9/WG.II/WP.49	Том XV: 1984	Часть вторая, II, B, 3(b)	395
A/CN.9/WG.II/WP.50	Том XV: 1984	Часть вторая, II, B, 3(c)	403
A/CN.9/WG.II/WP.52 и Add.1	Том XVI: 1985	Часть вторая, IV, B, 1	525
A/CN.9/WG.II/WP.53	Том XVI: 1985	Часть вторая, IV, B, 3	539
A/CN.9/WG.II/WP.55	Том XVII: 1986	Часть вторая, III, B	306
A/CN.9/WG.II/WP.56	Том XVII: 1986	Часть вторая, III, C	325
A/CN.9/WG.II/WP.58	Том XVIII: 1987	Часть вторая, III, B	229
A/CN.9/WG.II/WP.60	Том XIX: 1988	Часть вторая, II, B	149
A/CN.9/WG.II/WP.62	Том XX: 1989	Часть вторая, IV, B, 1	305
A/CN.9/WG.II/WP.63	Том XX: 1989	Часть вторая, IV, B, 2	311
A/CN.9/WG.II/WP.65	Том XXI: 1990	Часть вторая, IV, B	357
A/CN.9/WG.II/WP.67	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, B, 1	512
A/CN.9/WG.II/WP.68	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, B, 2	522
A/CN.9/WG.II/WP.70	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, D, 1	556
A/CN.9/WG.II/WP.71	Том XXII: 1991	Часть вторая, III, D, 2	588
A/CN.9/WG.II/WP.73 и Add.1	Том XXIII: 1992	Часть вторая, IV, B	513
A/CN.9/WG.II/WP.76 и Add.1	Том XXIV: 1993	часть вторая, II, B, 1	250
A/CN.9/WG.II/WP.77	Том XXIV: 1993	Часть вторая, II, B, 2	270
A/CN.9/WG.II/WP.80	Том XXV: 1994	Часть вторая, II, B	184
A/CN.9/WG.II/WP.83	Том XXIV: 1995	Часть вторая, I, B	99
A/CN.9/WG.II/WP.87	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, B	219
A/CN.9/WG.II/WP.89	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, D, 1	287
A/CN.9/WG.II/WP.90	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, D, 2	306
A/CN.9/WG.II/WP.91	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, II, D, 3	311
A/CN.9/WG.II/WP.93	Том XXIX: 1998	Часть вторая, I, B	86
A/CN.9/WG.II/WP.96	Том XXIX: 1998	Часть вторая, I, D	146
A/CN.9/WG.II/WP.98	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, B	103
A/CN.9/WG.II/WP.99	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, C	126
A/CN.9/WG.II/WP.100	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, D	135
A/CN.9/WG.II/WP.102	Том XXX: 1999	Часть вторая, I, F	187
A/CN.9/WG.II/WP.104	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, B	312
A/CN.9/WG.II/WP.105	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, C	345
A/CN.9/WG.II/WP.106	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, II, D	366
	iii) Международный коммерческий арбитраж		
A/CN.9/WG.II/WP.108 и Add.1	Том XXXI: 2000	Часть вторая, IV, B	680
A/CN.9/WG.II/WP.110	Том XXXII: 2001	Часть вторая, III, B	393
A/CN.9/WG.II/WP.111	Том XXXII: 2001	Часть вторая, III, C	412
A/CN.9/WG.II/WP.113 и Add.1	Том XXXII: 2001	Часть вторая, III, E	442
A/CN.9/WG.II/WP.115	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, B	82
A/CN.9/WG.II/WP.116	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, C	92

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/WG.II/WP.118	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, E	118
A/CN.9/WG.II/WP.119	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, I, F	125
A/CN.9/WG.II/WP.121	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, III, B	381
A/CN.9/WG.II/WP.123	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, III, D	396
	c) Рабочая группа III		
	i) Международное законодательство в области морских перевозок		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Том IV: 1973	Часть вторая, IV, 2	171
A/CN.9/WG.III/WP.7	Том IV: 1973	Часть вторая, IV, 3	183
A/CN.9/WG.III/WP.11	Том V: 1974	Часть вторая, III, 3	186
	ii) Транспортное право		
A/CN.9/WG.II/WP.21 и Add.1	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, VI, B	600
A/CN.9/WG.II/WP.23	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, B	425
A/CN.9/WG.II/WP.25	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, D	470
A/CN.9/WG.II/WP.26	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, E	472
A/CN.9/WG.II/WP.27	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, F	474
A/CN.9/WG.II/WP.28	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, G	582
A/CN.9/WG.II/WP.29	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, H	605
A/CN.9/WG.II/WP.30	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, IV, I	630
	d) Рабочая группа IV		
	i) Международные оборотные документы		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Том IV: 1973	Часть вторая, II, 2	138
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Том VI: 1975	Часть вторая, II, 2	160
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 2	165
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 2	171
A/CN.9/WG.IV/WP.24 и Add.1 и 2	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 2	177
A/CN.9/WG.IV/WP.25 и Add.1	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, A, 2	216
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Том XIII: 1982	Часть вторая, II, B, 2	600
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Том XVII: 1986	Часть вторая, I, A, 3	117
A/CN.9/WG.IV/WP.32 и Add.1-10	Том XVIII: 1987	Часть вторая, I, 2	114
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Том XVIII: 1987	Часть вторая, I, 3	186
	ii) Международные платежи		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Том XIX: 1988	Часть вторая, I, A, 2	68
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Том XX: 1989	Часть вторая, I, B	89
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Том XX: 1989	Часть вторая, I, D	141
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Том XXI: 1990	Часть вторая, I, B	71
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Том XXI: 1990	Часть вторая, I, C	97
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Том XXI: 1990	Часть вторая, I, E	143
A/CN.9/WG.IV/WP.46 и Corr.1	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, D, 1	259
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, D, 2	306
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Том XXII: 1991	Часть вторая, I, F	340
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Том XXIII: 1992	Часть вторая, II, B	84
	iii) Электронная торговля		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Том XXIII: 1992	Часть вторая, V, B	598
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Том XXIV: 1993	Часть вторая, III, B	332
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Том XXV: 1994	Часть вторая, III, B, 1	244
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Том XXV: 1994	Часть вторая, III, B, 2	258

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Том XXV: 1994	Часть вторая, III,	288
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, B	164
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, D, 1	187
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, D, 2	206
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, D, 3	208
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Том XXVI: 1995	Часть вторая, II, D, 4	212
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Том XXVII: 1996	Часть вторая, II, B	102
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, III, B	346
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Том XXIX: 1998	Часть вторая, II, B	219
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Том XXIX: 1998	Часть вторая, II, C	244
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, B	245
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, C	265
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, E	293
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Том XXX: 1999	Часть вторая, II, F	311
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, III, B	553
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Том XXXIA: 2000	Часть вторая, III, D	615
A/CN.9/WG.IV/WP.86 и Add.1	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, B	220
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, D	264
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, E	291
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, F	299
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, G	318
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Том XXXII: 2001	Часть вторая, II, H	327
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, IV, B	420
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, IV, C	438
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, IV, D	458
A/CN.9/WG.IV/WP.98 и Add.1-4	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, B	652
A/CN.9/WG.IV/WP.98 и Add.5-6	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, D	684
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, E	692
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, V, F	700

e) Рабочая группа V

i) Новый международный экономический порядок

A/CN.9/WG.V/WP.4 и Add.1-8	Том XII: 1981	Часть вторая, IV, B, 1	222
A/CN.9/WG.V/WP.5	Том XII: 1981	Часть вторая, IV, B, 2	424
A/CN.9/WG.V/WP.7 и Add.1-6	Том XIII: 1982	Часть вторая, IV, B	752
A/CN.9/WG.V/WP.9 и Add.1-5	Том XIV: 1983	Часть вторая, IV, B	240
A/CN.9/WG.V/WP.11 и Add.1-9	Том XV: 1984	Часть вторая, III, B	429
A/CN.9/WG.V/WP.13 и Add.1-6	Том XVI: 1985	Часть вторая, III, A, 2	326
A/CN.9/WG.V/WP.15 и Add.1-10	Том XVI: 1985	Часть вторая, III, B, 2	407
A/CN.9/WG.V/WP.17 и Add.1-9	Том XVII: 1986	Часть вторая, II, B	170
A/CN.9/WG.V/WP.19	Том XVIII: 1987	Часть вторая, II, A, 2	194
A/CN.9/WG.V/WP.20	Том XVIII: 1987	Часть вторая, II, A, 3	196
A/CN.9/WG.V/WP.22	Том XX: 1989	Часть вторая, II, B	181
A/CN.9/WG.V/WP.24	Том XXI: 1990	Часть вторая, II, B	221
A/CN.9/WG.V/WP.25	Том XXI: 1990	Часть вторая, II, C	230
A/CN.9/WG.V/WP.27	Том XXII: 1991	Часть вторая, II, B, 1	442
A/CN.9/WG.V/WP.28	Том XXII: 1991	Часть вторая, II, B, 2	457
A/CN.9/WG.V/WP.30	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, B, 1	359
A/CN.9/WG.V/WP.31	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, B, 2	402
A/CN.9/WG.V/WP.33	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, D, 2	449
A/CN.9/WG.V/WP.34	Том XXIII: 1992	Часть вторая, III, D, 3	476
A/CN.9/WG.V/WP.36	Том XXIV: 1993	Часть вторая, I, B	121

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CN.9/WG.V/WP.38	Том XXV: 1994	Часть вторая, I, B	73
A/CN.9/WG.V/WP.40	Том XXV: 1994	Часть вторая, I, D	125
	ii) Трансграничная несостоятельность		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Том XXVII: 1996	Часть вторая, III, B	177
A/CN.9/WG.V/WP.44	Том XXVII: 1996	Часть вторая, III, D	225
A/CN.9/WG.V/WP.46	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, I, B	90
A/CN.9/WG.V/WP.48	Том XXVIII: 1997	Часть вторая, I, D	139
A/CN.9/WG.V/WP.50	Том XXXI: 2000	Часть вторая, V, B	736
A/CN.9/WG.V/WP.54 и Add.1 и 2	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, B	210
A/CN.9/WG.V/WP.55	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, C	254
A/CN.9/WG.V/WP.57	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, E	295
A/CN.9/WG.V/WP.58	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, F	308
A/CN.9/WG.V/WP.59	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, G	363
A/CN.9/WG.V/WP.61 и Add.1 и 2	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, III, I	378
A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add.3-15	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, B	199
A/CN.9/WG.V/WP.64	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, C	312
A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add.1 и 2 и Add.16 и 17	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, II, E	330
	f) Рабочая группа VI: Обеспечительные интересы		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add.1-12	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, V, B	486
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, V, C	559
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Том XXXIII: 2002	Часть вторая, V, D	565
A/CN.9/WG.VI/WP.6 и Add.1-5	Том XXXIV: 2003	Часть вторая, VI, B	718
	7. Краткие отчеты об обсуждениях в Комиссии		
A/CN.9/SR.93-123	Том III: 1972	Дополнение	1
A/CN.9/SR.254-256	Том XIV: 1983	Часть третья, I, A	499
A/CN.9/SR.255-261	Том XIV: 1983	Часть третья, I, B, 1	512
A/CN.9/SR.270-278, 282 и 283	Том XIV: 1983	Часть третья, I, B, 2	580
A/CN.9/SR.286-299 и 301	Том XV: 1984	Часть третья, I	610
A/CN.9/SR.305-333	Том XVI: 1985	Часть третья, II	612
A/CN.9/SR.335-353, 355 и 356	Том XVII: 1986	Часть третья, II	472
A/CN.9/SR.378, 379, 381-385 и 388	Том XVIII: 1987	Часть третья, III	289
A/CN.9/SR.402-421, 424 и 425	Том XX: 1989	Часть третья, II	383
A/CN.9/SR.439-462 и 465	Том XXII: 1991	Часть третья, II	697
A/CN.9/SR.467-476, 481 и 482	Том XXIII: 1992	Часть третья, III	672
A/CN.9/SR.494-513	Том XXIV: 1993	Часть третья, III	529
A/CN.9/SR.520-540	Том XXV: 1994	Часть третья, III	473
A/CN.9/SR.547-579	Том XXVI: 1995	Часть третья, III	307
A/CN.9/SR.583-606	Том XXVII: 1996	Часть третья, III	325
A/CN.9/SR.607-631	Том XXVIII: 1997	Часть третья, III	483
A/CN.9/SR.676-703	Том XXXIB: 2000	Часть третья, II	889
A/CN.9/SR.711-730	Том XXXII: 2001	Часть третья, III	539
A/CN.9/SR.739-752	Том XXXIII: 2002	Часть третья, III	675
A/CN.9/SR.758-774	Том XXXIV: 2003	Часть третья, II	817
	8. Тексты, принятые конференциями полномочных представителей		
A/CONF.63/14 и Corr.1	Том V: 1974	Часть третья, I, A	239
A/CONF.63/15	Том V: 1974	Часть третья, I, B	240
A/CONF.63/17	Том X: 1979	Часть третья, I	177
A/CONF.89/13, приложения I-III	Том IX: 1978	Часть третья, I, A-D	263

Условное обозначение документа	*Том и год*	*Расположение в соответствующем томе*	*Стр.*
A/CONF.97/18 и приложения I и II	Том XI: 1980	Часть третья, I, A-C	321
A/CONF.152/13	Том XXIII: 1992	Часть третья, I	649
9. Библиография работ, касающихся деятельности Комиссии			
без условного обозначения	Том I: 1968-1970	Часть третья	345
A/CN.9/L.20/Add.1	Том II: 1971	Часть вторая	162
без условного обозначения	Том II: 1971	Часть вторая	167
без условного обозначения	Том III: 1972	Часть вторая	369
без условного обозначения	Том IV: 1973	Часть вторая	272
A/CN.9/L.25	Том V: 1974	Часть третья, II, A	245
без условного обозначения	Том V: 1974	Часть третья, II, B	264
без условного обозначения	Том VI: 1975	Часть третья, II, A	359
без условного обозначения	Том VII: 1976	Часть третья, A	383
без условного обозначения	Том VIII: 1977	Часть третья, A	393
без условного обозначения	Том IX: 1978	Часть третья, II	273
без условного обозначения	Том X: 1979	Часть третья, II	213
без условного обозначения	Том XI: 1980	Часть третья, IV	365
без условного обозначения	Том XII: 1981	Часть третья, III	595
без условного обозначения	Том XIII: 1982	Часть третья, IV	975
без условного обозначения	Том XIV: 1983	Часть третья, IV	705
без условного обозначения	Том XV: 1984	Часть третья, II	684
A/CN.9/284	Том XVI: 1985	Часть третья, III	792
A/CN.9/295	Том XVII: 1986	Часть третья, III	613
A/CN.9/313	Том XVIII: 1987	Часть третья, III	340
A/CN.9/326	Том XIX: 1988	Часть третья, III	389
A/CN.9/339	Том XX: 1989	Часть третья, III	516
A/CN.9/354	Том XXI: 1990	Часть третья, I	447
A/CN.9/369	Том XXII: 1991	Часть третья, III	745
A/CN.9/382	Том XXIII: 1992	Часть третья, V	764
A/CN.9/402	Том XXIV: 1993	Часть третья, IV	615
A/CN.9/417	Том XXV: 1994	Часть третья, IV	559
A/CN.9/429	Том XXVI: 1995	Часть третья, IV	445
A/CN.9/441 и Corr.1 (изменение: бывший номер - 442)	Том XXVII: 1996	Часть третья, IV	415
A/CN.9/452	Том XXVIII: 1997	Часть третья, IV	577
A/CN.9/463	Том XXIX: 1998	Часть третья, II	355
A/CN.9/481	Том XXX: 1999	Часть третья, I	555
A/CN.9/502 и Corr.1	Том XXXIB: 2000	Часть третья, III	1047
A/CN.9/517	Том XXXII: 2001	Часть третья, IV	621
A/CN.9/538	Том XXXIII: 2002	Часть третья, IV	727
A/CN.9/566	Том XXXIV: 2003	Часть третья, III	873

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Published on CD-ROM

Отпечатано в Австрии
V.08-52076—June 2010—35

Издание Организации Объединенных Наций
В продаже под № R.08.V.8
ISBN 978-92-1-433050-9
ISSN 0251-4281

9 789214 330509