ЮНСИТРАЛ
КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Ежегодник ЮНСИТРАЛ

Том XXXIV A: 2003 год

ОРГАНИЗАЦИЯ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Ежегодник ЮНСИТРАЛ

Том XXXIV A: 2003 год

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Нью-Йорк, 2007год

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 с требованиями к оформлению.

В томе XXXIV A содержатся введение, часть первая и главы I–III части второй. Главы IV–X части второй и приложения части третьей содержатся в томе XXXIV B.

A/CN.9/SER.A/2003
(Том XXXIV A)

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
В продаже под № R.06.V.14
ISBN 978-92-1-433043-1
ISSN 0251-4281

СОДЕРЖАНИЕ

ТОМ XXXIV A

Стр.

ВВЕДЕНИЕ ..... *vii*

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

ТРИДЦАТЬ ШЕСТАЯ СЕССИЯ (2003 год) 3

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии (Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года) (A/58/17) 3

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию о работе его пятидесятой сессии (TD/B/50/14 (Vol. I)) 42

C. Генеральная Ассамблея: доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии: доклад Шестого комитета (A/58/513) 43

D. Резолюции Генеральной Ассамблеи 58/75 и 58/76 от 9 декабря 2003 года 45

Часть вторая. Исследования и доклады по конкретным темам

I. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ 51

A. Доклад Рабочей группы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, о работе ее пятой сессии (Вена, 9–13 сентября 2002 года) (A/CN.9/521) 51

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на ее пятой сессии: проект добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (A/CN.9/WG.I/WP.29 и Add.1 и Add.2) 90

C. Проект добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (A/CN.9/522 и Add.1 и Add.2) 115

D. Проект добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (A/CN.9/533 и Add.1-7) 163

II. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ 181

A. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать седьмой сессии (Вена, 9–13 декабря 2002 года) (A/CN.9/529) 181

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать седьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add.3-15) 199

C. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать седьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.64)) 312

D. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 24–28 февраля 2003 года) (A/CN.9/530) 314

Стр.

E. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать восьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG..V/WP.63/Add.1-2 и Add.16-17) 330

F. Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе их первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года) (A/CN.9/535) 355

G. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/534) 358

III. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА 367

A. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) (A/CN.9/523) 367

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать седьмой сессии: арбитраж: обеспечительные меры: предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/ WG.II/WP.121) 381

C. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года) (A/CN.9/524) 382

D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать восьмой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры (A/CN.9/ WG.II/WP.123) 396

ТОМ XXXIV B

IV. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО .....

A. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее десятой сессии (Вена, 16–20 сентября 2002 года) (A/CN.9/525) .....

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее десятой сессии: предварительный проект документа о [морской] перевозке грузов: предложение Канады (A/CN.9/WG.III/WP.23) .....

C. Доклад Рабочей группы по транспортному праву о работе ее одиннадцатой сессии (Нью-Йорк, 24 марта – 4 апреля 2003 года) (A/CN.9/526) .....

D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Италии (A/CN.9/WG.III/WP.25) .....

E. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: предложение Швеции (A/CN.9/WG.III/WP.26) .....

F. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: проект документа ЮНСИТРАЛ о морской перевозке грузов и другие транспортные конвенции: сопоставительные таблицы (A/CN.9/WG.III/WP.27) .....

G. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: 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) .....

H. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: замечания общего характера по сфере применения проекта документа (A/CN.9/WG.III/WP.29) .....

I. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по транспортному праву на ее одиннадцатой сессии: подготовка проекта документа о [морской] перевозке грузов: информация, представленная Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) (A/CN.9/WG.III/WP.30) .....

Стр.

V. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ.....

A. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сороковой сессии (Вена, 14–18 октября 2002 года) (A/CN.9/527) .....

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сороковой сессии: юридические препятствия развитию электронной торговли в международных документах, касающихся международной торговли: подборка замечаний правительств и международных организаций (A/CN.9/WG.IV/WP.98 и Add.1-4) .....

C. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее сорок первой сессии (Нью-Йорк, 5–9 мая 2003 года) (A/CN.9/528) .....

D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок первой сессии: юридические препятствия развитию электронной торговли в международных документах, касающихся международной торговли: подборка замечаний правительств и международных организаций (A/CN.9/WG.IV/WP.98 и Add.5-6) .....

E. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок первой сессии: юридические аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.100).....

F. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее сорок первой сессии: юридические аспекты электронной торговли: электронное заключение договоров: положения для проекта конвенции: комментарии Международной торговой палаты (A/CN.9/WG.IV/WP.101) .....

VI. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ.....

A. Доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее второй сессии (Вена, 17–20 декабря 2002 года) (A/CN.9/531) .....

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по обеспечительным интересам на ее второй сессии: проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.6 и Add.1-5) .....

C. Доклад Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее третьей сессии (Нью-Йорк, 3–7 марта 2003 года) (A/CN.9/532) .....

D. Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе их первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года) (A/CN.9/535) .....

VII. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА

A. Текущая деятельность международных организаций в области государственных закупок: возможная будущая работа (A/CN.9/539 и Add.1) .....

B. Возможная будущая работа в отношении коммерческого мошенничества (A/CN.9/540) ...

VIII. ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ (ППТЮ) .....

IX. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ .....

Подготовка кадров и оказание технической помощи (A/CN.9/536) .....

X. СТАТУС ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ .....

Статус конвенций и типовых законов (A/CN.9/537) .....

Часть третья. Приложения

I. ТИПОВЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ЮНСИТРАЛ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ ....

Стр.

II. КРАТКИЕ ОТЧЕТЫ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ О ЗАСЕДАНИЯХ, ПОСВЯЩЕННЫХ ОКОНЧАТЕЛЬНОЙ ДОРАБОТКЕ И ПРИНЯТИЮ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЮНСИТРАЛ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ (A/CN.9/SR.758-774).....

III. БИБЛИОГРАФИЯ ПОСЛЕДНИХ РАБОТ, КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮНСИТРАЛ: (A/CN.9/566) .....

IV. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ЮНСИТРАЛ .....

V. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ЮНСИТРАЛ, ВОСПРОИЗВЕДЕННЫХ В ПРЕДЫДУЩИХ ТОМАХ *ЕЖЕГОДНИКА* .....

ВВЕДЕНИЕ

Настоящий том является тридцать четвертым 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 шестой сессии, состоявшейся в Вене 30 июня – 11 июля 2003 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 шестой 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 Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и соответствующие краткие отчеты, библиография последних работ, касающихся деятельности Комиссии, перечень документов, находившихся на рассмотрении тридцать шестой 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

Часть первая

ДОКЛАД КОМИССИИ О ЕЕ ЕЖЕГОДНОЙ СЕССИИ; ЗАМЕЧАНИЯ И РЕШЕНИЯ

ТРИДЦАТЬ ШЕСТАЯ СЕССИЯ (2003 ГОД)

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии

(Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года) (A/58/17)
[Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

Глава		*Пункты*	*Стр.*
I.	ВВЕДЕНИЕ	1–2	4
II.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	3–11	4
	A. Открытие сессии	3	4
	B. Членский состав и участники	4–8	4
	C. Выборы должностных лиц	9	5
	D. Повестка дня	10	5
	E. Утверждение доклада	11	6
III.	ПРОЕКТ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЮНСИТРАЛ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	12–171	6
	A. Подготовительная работа и организация обсуждений	12–17	6
	B. Связь между проектом типовых законодательных положений и *Руководством для законодательных органов*	18–21	6
	C. Рассмотрение проекта типовых положений	22–170	7
	D. Принятие типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников	171	24
IV.	ПРОЕКТ РУКОВОДСТВА ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	172–197	25
	A. Предварительное одобрение проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	172–196	25
	B. Одобрение в принципе проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	197	27
V.	АРБИТРАЖ	198–204	28
VI.	ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО	205–208	29
VII.	ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ	209–214	29
VIII.	ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ	215–222	30
IX.	НАБЛЮДЕНИЕ ЗА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1958 ГОДА	223–224	31
X.	ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В ОБЛАСТИ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК	225–230	32
XI.	ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В СВЯЗИ С КОММЕРЧЕСКИМ МОШЕННИЧЕСТВОМ	231–241	33

Глава		*Пункты*	*Стр.*
XII.	ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ И КРАТКИЕ СБОРНИКИ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ПО КОНВЕНЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ О КУПЛЕ-ПРОДАЖЕ И ДРУГИМ ЕДИНООБРАЗНЫМ ТЕКСТАМ	242–245	34
	A. Прецедентное право	242–243	34
	B. Краткие сборники прецедентного права по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже и другим единообразным текстам	244–245	35
XIII.	ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ТЕХНИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ	246–251	35
XIV.	СТАТУС И СОДЕЙСТВИЕ ПРИНЯТИЮ ПРАВОВЫХ ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ	252–254	36
XV.	РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ О РАБОТЕ КОМИССИИ И ПОСЛЕДУЮЩИЕ МЕРЫ В СВЯЗИ С УГЛУБЛЕННОЙ ОЦЕНКОЙ РАБОТЫ СЕКРЕТАРИАТА КОМИССИИ	255–261	37
	A. Резолюции 57/17, 57/18 и 57/20	255	37
	B. Резолюция 57/19	256–261	37
XVI.	КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО	262–265	37
	A. Международный институт по унификации частного права (МИУЧП)	262–263	37
	B. Региональные экономические комиссии Организации Объединенных Наций	264–265	38
XVII.	ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ	266–269	39
	A. Библиография	266	39
	B. Учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса	267–268	39
	C. Веб-сайт ЮНСИТРАЛ	269	40
XVIII.	СРОКИ И МЕСТО ПРОВЕДЕНИЯ БУДУЩИХ СОВЕЩАНИЙ	270–278	40
	A. Общее обсуждение вопроса о продолжительности сессий	270–275	40
	B. Тридцать седьмая сессия Комиссии	276	41
	C. Сессии рабочих групп в период до начала тридцать седьмой сессии Комиссии	277	41
	D. Сессии рабочих групп в период после проведения тридцать седьмой сессии Комиссии	278	42

ПРИЛОЖЕНИЯ

I.	ТИПОВЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ЮНСИТРАЛ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ		42
II.	ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ, ПРЕДСТАВЛЕННЫХ КОМИССИИ НА ЕЕ ТРИДЦАТЬ ШЕСТОЙ СЕССИИ		42

I. ВВЕДЕНИЕ

1. В настоящем докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) освещается работа тридцать шестой сессии Комиссии, проходившей в Вене с 30 июня по 11 июля 2003 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. ЮНСИТРАЛ начала свою тридцать шестую сессию 30 июня 2003 года.

B. Членский состав и участники

4. Комиссия была учреждена резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи в составе 29 государств, избираемых Ассамблеей. Своей резолюцией 3108 (XXVIII) от 12 декабря 1973 года Ассамблея расширила членский

состав Комиссии с 29 до 36 государств. В настоящее время членами Комиссии, избранными 24 ноября 1997 года и 16 октября 2000 года, являются следующие государства, срок полномочий которых истекает в последний день, предшествующий началу ежегодной сессии Комиссии в указанном году[1]: Австрия (2004 год), Бенин (2007 год), Бразилия (2007 год), Буркина-Фасо (2004 год), бывшая югославская Республика Македония (2007 год), Венгрия (2004 год), Германия (2007 год), Гондурас (2004 год), Индия (2004 год), Иран (Исламская Республика) (2004 год), Испания (2004 год), Италия (2004 год), Камерун (2007 год), Канада (2007 год), Кения (2004 год), Китай (2007 год), Колумбия (2004 год), Литва (2004 год), Марокко (2007 год), Мексика (2007 год), Парагвай (2004 год), Российская Федерация (2007 год), Руанда (2007 год), Румыния (2004 год), Сингапур (2007 год), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (2007 год), Соединенные Штаты Америки (2004 год), Судан (2004 год), Сьерра-Леоне (2007 год), Таиланд (2004 год), Уганда (2004 год), Уругвай (2004 год, поочередно (по году) с Аргентиной), Фиджи (2004 год), Франция (2007 год), Швеция (2007 год) и Япония (2007 год).

5. На сессии были представлены все члены Комиссии, за исключением Бенина, Венгрии, Гондураса, Румынии, Сьерра-Леоне, Уганды и Фиджи.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Антигуа и Барбуды, Аргентины, Беларуси, Бельгии, Болгарии, Боснии и Герцеговины, Венесуэлы, Габона, Индонезии, Йемена, Катара, Коста-Рики, Ливана, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Нигерии, Панамы, Перу, Польши, Республики Корея, Сербии и Черногории, Словакии, Туниса, Турции, Украины, Филиппин, Финляндии, Чешской Республики, Швейцарии и Эквадора.

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

a) **система Организации Объединенных Наций:** Всемирный банк и Международный валютный фонд;

b) **межправительственные организации:** Общий рынок восточно- и южноафриканских государств и Международный институт по унификации частного права (МИУЧП);

c) **неправительственные организации, приглашенные Комиссией:** Американская ассоциация адвокатов, Американский фонд адвокатов, Арабский союз международного арбитража, Европейский союз юристов, Институт международного банковского права и практики, Исследовательская группа по несостоятельности и ее предотвращению (ГРИП 21), Каирский региональный центр по международному торговому арбитражу, Международная ассоциация адвокатов, Международная ассоциация адвокатов стран Тихого океана, Международный морской комитет, Международный союз адвокатов, Международный союз нотариусов стран романских языков, Общество по международным межбанковским электронным финансовым расчетам 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.

C. Выборы должностных лиц

9. Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	Туре ВИВЕН-НИЛЬССОН (Швеция)
заместители Председателя:	Нееру ЧАДАХ (Индия) Франсуа РВАНГАМПУХВЕ (Руанда) Олег В. КРАСНЫХ (Российская Федерация)
Докладчик:	Хуан Карлос ЙЕПЕС АЛСАТЕ (Колумбия)

D. Повестка дня

10. На своем 758-м заседании 30 июня Комиссия утвердила следующую повестку дня сессии:

1. Открытие сессии.
2. Выборы должностных лиц.
3. Утверждение повестки дня.
4. Окончательная доработка и принятие проекта типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.
5. Предварительное одобрение проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности.
6. Арбитраж: доклад Рабочей группы II о ходе работы.
7. Транспортное право: доклад Рабочей группы III о ходе работы.
8. Электронная торговля: доклад Рабочей группы IV о ходе работы.
9. Обеспечительные интересы: доклад Рабочей группы VI о ходе работы.
10. Наблюдение за осуществлением Нью-Йоркской конвенции 1958 года.
11. Возможная будущая работа в области публичных закупок.
12. Возможная будущая работа в связи с коммерческим мошенничеством.
13. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ) и краткий сборник прецедентного права по Конвенции о купле-продаже и другим единообразным текстам.

[1] Согласно резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи члены Комиссии избираются на шестилетний срок. Из нынешнего состава 19 членов были избраны Ассамблеей на ее пятьдесят второй сессии 24 ноября 1997 года (решение 52/314), а 17 — на ее пятьдесят пятой сессии 16 октября 2000 года (решение 55/308). В своей резолюции 31/99 от 15 декабря 1976 года 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 после их избрания.

14. Подготовка кадров и техническая помощь.
15. Статус и содействие принятию правовых текстов ЮНСИТРАЛ.
16. Резолюции Генеральной Ассамблеи о работе Комиссии; последующие меры в связи с углубленной оценкой работы Секретариата Комиссии.
17. Координация и сотрудничество.
18. Прочие вопросы.
19. Сроки и место проведения будущих совещаний.
20. Утверждение доклада Комиссии.

E. Утверждение доклада

11. На своих 774-м и 775-м заседаниях 11 июля 2003 года Комиссия консенсусом утвердила настоящий доклад.

III. ПРОЕКТ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЮНСИТРАЛ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

A. Подготовительная работа и организация обсуждений

12. Через год после принятия в 2000 году *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[2], Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли приняла на своей тридцать четвертой сессии в 2001 году решение поручить Рабочей группе задачу составления основных типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Комиссия пришла к мнению, что для выполнения в разумный срок дальнейшей работы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, необходимо выделить какую-либо конкретную область из числа многочисленных вопросов, рассматриваемых в *Руководстве для законодательных органов*. Соответственно, было достигнуто согласие в отношении того, что эта рабочая группа на своей первой сессии должна определить конкретные вопросы, по которым могут быть сформулированы типовые законодательные положения, которые, возможно, станут добавлением к *Руководству*[3].

13. Рабочая группа I приступила к работе по этой теме на своей четвертой сессии (Вена, 24–28 сентября 2001 года). В соответствии с предложением, внесенным на тридцать четвертой сессии Комиссии[4], Рабочей группе было предложено уделить внимание конкретному этапу осуществления инфраструктурных проектов, а именно выбору концессионера, с тем чтобы выработать конкретные редакционные предложения для законодательных положений. Тем не менее Рабочая группа считала, что может быть желательным подготовить типовые законодательные положения по ряду других тем (см. A/CN.9/505, пункты 18–174). Рабочая группа просила Секретариат подготовить проект типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на основе результатов ее обсуждений и решений для представления Рабочей группе на ее пятой сессии для рассмотрения и дополнительного обсуждения.

14. Рабочая группа продолжила свою работу над подготовкой основных типовых законодательных положений на своей пятой сессии (Вена, 9–13 сентября 2002 года). Рабочая группа рассмотрела проект типовых положений, который был подготовлен Секретариатом при содействии внешних экспертов, и одобрила их текст, содержащийся в приложении к ее докладу о работе этой сессии (A/CN.9/521). Рабочая группа просила Секретариат распространить проект типовых положений среди государств для замечаний и представить проект типовых положений вместе с замечаниями, полученными от государств, Комиссии для рассмотрения и принятия на ее тридцать шестой сессии.

15. Комиссии были представлены следующие документы: *a)* пояснительная записка по проекту типовых положений (A/CN.9/522); *b)* текст проекта типовых положений, одобренных Рабочей группой (A/CN.9/522/Add.1); *c)* сопоставительная таблица проектов типовых положений и рекомендаций по законодательным вопросам, к которым они относятся (A/CN.9/522/Add.2); *d)* подборка замечаний правительств и международных организаций по проекту типовых положений (A/CN.9/533 и Add.1–7); и *e) Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*.

16. Комиссия приняла к сведению справочную информацию о подготовке проекта типовых законодательных положений, обобщенную Секретариатом (см. A/CN.9/522), и письменные замечания, представленные правительствами и международными организациями по проекту типовых положений (A/CN.9/533 и Add.1–7), которые были распространены до начала сессии. Комиссия приняла решение рассмотреть вопросы, затронутые в этих замечаниях, в контексте проекта типовых законодательных положений, к которым они относятся. Комиссия согласилась с тем, что в целях оптимизации использования времени, отведенного для рассмотрения проекта типовых законодательных положений, она рассмотрит только письменные замечания, которые были затронуты делегациями и наблюдателями, присутствовавшими на сессии, вне зависимости от того, были ли эти письменные замечания представлены ими или другими делегациями.

17. Комиссия приняла решение создать редакционную группу для рассмотрения текста и обеспечения его согласованности на всех языках. Комиссия согласилась с тем, что рассмотрением редакционных предложений по улучшению конкретных формулировок на тех или иных языках или исправлением ошибок в переводе следует заняться непосредственно редакционной группе.

B. Связь между проектом типовых законодательных положений и *Руководством для законодательных органов*

18. Комиссия завершила свою работу над проектом типовых положений (см. пункты 22–170) рассмотрением вопроса о том, следует ли сохранить типовые положения и законодательные рекомендации, содержащиеся в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из*

---

[2] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже № R.01.V.4.

[3] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 369.

[4] Там же.

частных источников, в качестве двух взаимосвязанных, но независимых текстов или же их следует объединить в один текст и, в этом случае, следует ли сохранять все законодательные рекомендации или же только те из них, по которым не подготовлено типовых положений.

19. Согласно одному из мнений, которое было активно поддержано, типовые положения должны заменить все законодательные рекомендации, касающиеся того же вопроса. Было отмечено, что Секретариат не сможет в срочном порядке подготовить сводное новое издание *Руководства для законодательных органов*, которое содержало бы также сводный текст типовых положений и оставшихся законодательных рекомендаций. Между тем до изыскания достаточных средств для подготовки такой новой публикации можно было бы опубликовать типовые положения в качестве отдельного документа, который содержал бы также только те немногие законодательные рекомендации, которые не были заменены. Однако сводный текст следует опубликовать как можно скорее, чтобы избежать недоразумений и сделать работу Комиссии как можно более удобной для пользователя.

20. Противоположная точка зрения, которая в конечном итоге возобладала, заключалась в том, что в будущем сводном издании следует воспроизвести весь текст законодательных рекомендаций, содержащихся в *Руководстве для законодательных органов*. Типовые положения представляют собой новый этап, основанный на прошлой работе Комиссии, и их следует воспринимать с учетом этой прошлой работы. Хотя предложения о сохранении двух этих текстов в течение неограниченного времени в качестве отдельных публикаций не получили достаточной поддержки, возобладало мнение о том, что законодательные рекомендации следует в полном объеме воспроизвести в сводном издании, поскольку они представляли собой основу для последующей работы над типовыми положениями.

21. Комиссия, таким образом, согласилась с тем, что в будущем сводном издании следует объединить типовые положения, принятые Комиссией (см. приложение I), вместе с комментариями, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*, и воспроизвести в конце полный текст законодательных рекомендаций в том виде, в котором они были первоначально приняты Комиссией в 2000 году. Секретариату было предложено проанализировать и, в случае необходимости, пересмотреть комментарии, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*, скорректировав их в терминологическом и структурном плане с типовыми законодательными положениями.

C. Рассмотрение проекта типовых положений[5]

Предисловие

22. Текст предисловия к проекту типовых положений был следующим:

> "Ниже в настоящем разделе приводится свод рекомендуемых законодательных принципов под названием "рекомендации по законодательным вопросам" и типовых законодательных положений (далее в тексте – "типовые положения") по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Цель рекомендаций по законодательным вопросам и типовых положений – оказать помощь национальным законодательным органам в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вслед за ними приводятся комментарии, в которых содержится аналитическое разъяснение финансовых регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию рекомендаций по законодательным вопросам и типовых положений.
>
> Рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения состоят из свода ключевых положений по вопросам, которые заслуживают внимания с точки зрения урегулирования в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников.
>
> Предполагается, что типовые положения будут приниматься и дополняться с помощью правил, предусматривающих более подробное регулирование. Те области, в которых регулирование более уместно с помощью не законодательных, а иных нормативных актов, указываются соответствующим образом. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических, юридических и финансовых специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.
>
> Следует отметить, что рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения не затрагивают другие области права, которые также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, но по которым в *Руководстве для законодательных органов* не приводится каких-либо специальных законодательных рекомендаций. К таким другим областям правового регулирования относятся, например, содействие инвестированию и защита инвестиций, право собственности, обеспечительные интересы, правила и процедуры приобретения частной собственности в принудительном порядке, общее правовое регулирование вопросов, относящихся к договорам, правила по правительственным контрактам, а также административное право, налоговое право, законодательство о защите окружающей среды и защите потребителей."

23. Было предложено упомянуть также в последнем абзаце законодательство в области налогообложения, банковского дела, обмена иностранной валюты, а также законы и правила о банкротстве, которые, хотя они и не рассматриваются в *Руководстве*, оказывают воздействие на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Было также предложено включить соответствующую сноску или дополнительный текст в виде комментария, чтобы побудить правительства

[5] В данном разделе приводится текст положений, по которым Комиссия высказала замечания. Полный текст Типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, включая положения, одобренные без замечаний, содержится в приложении I.

содействовать, через свои регулирующие учреждения, осуществлению практических и четко сформулированных правил и процедур, призванных обеспечить исполнение законов. Утверждалось, например, что система обмена и репатриации иностранной валюты должна быть простой и оперативной. Кроме того, в последнем абзаце следует также указать, что существенное значение имеют опыт, прозрачность и предсказуемость применительно к судебным системам. И наконец, предлагалось сформулировать этот пункт таким образом, чтобы побудить правительства к устранению несоответствий в случае коллизии с другими законами и правилами, уточнив, в частности, заменяет ли концессионное законодательство страны ее законы о налогообложении или законы, касающиеся правительственных контрактов.

24. Комиссия приняла к сведению это предложение, но сочла, что большинство этих вопросов уже урегулировано в различных разделах *Руководства для законодательных органов*, особенно в его главе VII "Другие соответствующие области права". Тем не менее Комиссия согласилась включить в конце предисловия предложение, в котором внимание законодателей обращается на взаимосвязь, существующую между законодательством, специально предусмотренным для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и другими областями правового регулирования, упомянутыми в предисловии.

25. С учетом этой поправки Комиссия одобрила предисловие и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Глава I. Общие положения

Типовое положение 1. Преамбула

26. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"[Правительство] [Парламент] _____ , считая желательным установить благоприятные законодательные основы для поощрения и облегчения осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

[Правительство] [Парламент] _____ , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при принятии решений о заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры;

[*другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство*],

принимает нижеследующий закон:"

27. Было выражено мнение, что проект типового положения 1 можно было бы улучшить, если первый абзац преамбулы более тесно увязать со вторым предложением предисловия и с пунктом 4 введения к *Руководству для законодательных органов*. Было предложено дать этому пункту следующую более широкую формулировку:

"[Правительство] [Парламент] _____ , считая желательным установить законодательные основы, благоприятствующие частному инвестированию в государственную инфраструктуру; и

"[Правительство] [Парламент] _____ , считая желательным поощрять и облегчать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения нежелательных ограничений на участие частного сектора в инвестировании, развитии и эксплуатации инфраструктуры;"

28. Комиссия сочла, что этот проект типового положения является достаточно ясным и что необходимость в предложенной расширенной формулировке отсутствует. Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 2. Определения

29. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Для целей настоящего закона:

a) "объект инфраструктуры" означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно участвуют в предоставлении услуг населению;

b) "проект в области инфраструктуры" означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры;

c) "организация-заказчик" означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные договоры для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][1];

d) "концессионер" означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному договору, заключенному с организацией-заказчиком;

e) "концессионный договор" означает взаимообязывающее соглашение или соглашения, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры;

f) "участник процедур" и "участники процедур" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с проектом в области инфраструктуры[2];

g) "незапрошенное предложение" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора;

h) "регулирующее учреждение" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[3].

[1] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концесси-

онные договоры. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

[2] Термины "участник процедур" или "участники процедур" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[3] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53)".

30. Было внесено предложение включить определение понятия "концессия", чтобы более четко определить сферу применения типовых положений. Утверждалось, что такое определение необходимо для того, чтобы четко указать, какое право применимо в отношении конкретных договорных взаимоотношений, независимо от того, как называется соответствующий договор (концессия, лицензия, договор аренды, узуфрукт и т. д.). Утверждалось также, что во многих странах, в которых существует законодательство по вопросам сооружения–эксплуатации–передачи или законы о концессиях, наблюдается тенденция к тому, что подрядчики стремятся избежать его применения (в частности, жестких положений о выборе концессионеров) с помощью использования других наименований договора или отрицания факта, что осуществление договора предполагает получение концессии.

31. В этой связи было предложено включить в этот проект типового положения определение термина "концессия" как акта, присущего государству, в соответствии с которым публичный орган поручает какой-либо третьей стороне – на основании договорного акта или одностороннего акта с предварительного согласия такой третьей стороны – полное или частичное управление экономической деятельностью или услугами, за которые такой орган обычно несет ответственность и в отношении которых такая третья сторона принимает на себя риск.

32. Комиссия приняла к сведению это предложение, но выразила мнение, что в новом определении излагается правовая концепция, которая, хотя и знакома некоторым правовым системам, может породить ряд вопросов в других правовых системах, где понятие "концессии" традиционно не известно. Кроме того, было выражено мнение, что некоторые элементы предлагаемого определения порождают неопределенность, как, например, объем "риска", который необходимо принять на себя концессионеру, для того чтобы проект мог считаться подлинной "концессией". Было сочтено, что существующее определение вместе с пояснениями, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*, позволяет достаточно ясно понять, к каким типам механизмов относится проект типовых законодательных положений.

33. Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные договоры

34. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Полномочиями заключать концессионные договоры в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции обладают следующие публичные органы[4]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы своей страны, которые могут заключать концессионные договоры, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][5].

[4] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо специальных форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[5] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные договоры, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие договоры, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании".

35. Было выражено мнение, что в практическом плане всегда трудно четко указать в концессионном праве, какие активы или услуги могут быть предметом концессии и какой орган может предоставлять концессию. Утверждалось, что для того, чтобы законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, было приемлемым, особенно в странах с переходной экономикой, его положения не должны затрагивать какого-либо ранее согласованного распределения полномочий (особенно местных органов самоуправления). Поэтому было рекомендовано принять нейтральное положение, содержащее ссылку на соответствующий орган, обладающий юрисдикцией в отношении активов или услуг, которые предполагается передавать в концессию.

36. В ответ было сказано, что во многих странах отсутствует определенность в отношении того, какие органы правомочны выдавать концессии и в каких областях. Этот проект типового положения представляет собой полезное напоминание о важности обеспечения определенности в данном вопросе. Кроме того, этот проект типового положения был сформулирован достаточно гибко, чтобы его можно было принять с максимальным учетом особенностей конституционной и административной системы принимающего государства.

37. Комиссия приняла решение сохранить содержание этого проекта типового соглашения в его нынешнем виде и передать его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

38. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Концессионные договоры могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][6].

[6] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании".

39. Было отмечено, что в большинстве правовых систем в законодательстве, регулирующем концессии, не может предусматриваться более широких прав по сравнению с правами, предусмотренными в отраслевом и специальном законодательстве. Вместо примерного или исчерпывающего списка возможных объектов концессии, предпочтительной была бы общая ссылка на услуги и активы, которые могут быть переданы в концессию в соответствии с любым применимым законом, и, если необходимо, внесение поправок в специальное или отраслевое законодательство, чтобы предусмотреть возможность выдачи концессий, если таковая еще не предусмотрена. Противоположное решение часто заключается в том, что устанавливается перечень активов или услуг, которые не могут быть переданы в концессию, поскольку они являются частью национального суверенитета или составляют часть национального достояния.

40. Комиссия приняла к сведению эти замечания и предложения. Вместе с тем Комиссия сочла, что, как и в случае проекта типового положения 3, рассматриваемый текст является полезным напоминанием о важности данного вопроса и что принимающему государству оставляются широкие возможности для проявления гибкости в осуществлении этого положения таким образом, который в наибольшей степени отвечает его конституционным и административным потребностям.

41. Комиссия приняла решение сохранить содержание этого проекта типового положения в его нынешнем виде и передать его на рассмотрение редакционной группы.

Глава II. Выбор концессионера

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

42. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Выбор концессионера осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–27*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры принятия решений о заключении правительственных контрактов*][7].

[7] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для принятия решений о заключении правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года ("Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Проекты типовых положений исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для принятия решений о заключении правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это, например, относится к следующему: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение и процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к положениям Типового закона о закупках, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемые практические элементы процедур отбора".

43. Комиссия приняла предложение исключить слова "тендерное обеспечение" в предпоследнем предложении сноски 7. Никаких других замечаний или предложений по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

1. Предварительный отбор участников процедур

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

44. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. Организация-заказчик проводит процедуры предварительного отбора с целью выявления участников процедур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры.

2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*].

3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][8], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация:

a) описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать;

b) указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться

концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей пользователей или тарифов или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий);

c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного договора, который должен быть заключен;

d) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок; и

e) способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора.

4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][9], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация:

a) критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*];

b) намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*];

c) намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[10] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников;

d) намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 30*].

5. Применительно к вопросам, не урегулированным в настоящем [*типовом положении*], процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][11].

[8] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

[9] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[10] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в Руководстве для законодательных органов (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску 14.

[11] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в пунктах 2–7 статьи 7 Типового закона о закупках".

45. Было выражено мнение, что формулировка подпункта *a)* пункта 3 является слишком узкой и что после слов "предстоит соорудить или модернизировать" следует добавить слова "или эксплуатировать". Другое предложение заключалось в том, что вместо этого следует упомянуть концепцию "проекта в области инфраструктуры", которая, согласно определению в подпункте *b)* проекта типового положения 2, содержит понятие эксплуатации объектов инфраструктуры.

46. В ответ на эти предложения было отмечено, что подпункт *a)* посвящен в первую очередь описанию физической инфраструктуры и что в других подпунктах говорится об элементах, связанных с этапом эксплуатации.

47. Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы с просьбой, в частности, предложить соответствующую альтернативную формулировку подпункта *a)* пункта 3.

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

48. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

49. Текст проекта этого типового положения был следующим:

"1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам.

2. Если иное [не разрешено [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[13]. Нарушение этого правила приводит к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.

3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик принимает во внимание индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

[13] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциу-

мами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний".

50. Было выражено мнение, что этот проект типового положения можно было бы улучшить, если исключить из него предполагаемый запрет на присоединение члена проигрывающего консорциума – участника процедур отбора к другому консорциуму, при условии, что о таком присоединении сообщается всем сторонам и оно приемлемо во всех иных отношениях и что ни один участник процедур не может одновременно быть членом более одной группы, участвующей в процедурах отбора.

51. В Комиссии была достигнута договоренность о том, что участнику, консорциум которого вышел или вынужден был выйти из процедуры отбора (например, по причине того, что консорциуму не удалось обеспечить требуемого финансирования), но который желает присоединиться к другой группе, следует предоставить возможность сделать это. Было выражено мнение, что такая возможность не исключается согласно законодательной рекомендации 16.

52. С учетом добавления слова "одновременно" в конце первого предложения пункта 2, Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

53. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

2. Процедура запроса предложений

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

54. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 11. Содержание запроса предложений

55. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

56. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения.

2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[19]:

a) отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока;

b) неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*пункту 1 типового положения 17*];

c) неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 17*];

d) неспособность подписать концессионный договор после принятия предложения, если этого требует организация-заказчик;

e) неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного договора после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания концессионного договора.

[19] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках".

57. Было выражено мнение, что в проекте этого типового положения расширены рекомендуемые средства правовой защиты для организации-заказчика в отношении утраты права на тендерное обеспечение. В соответствующей части *Руководства для законодательных органов* (глава III "Выбор концессионера", пункт 62) говорится лишь о том, что в запросе предложений целесообразно указывать любые условия тендерного обеспечения, тогда как в пункте 2 *b)* допускается лишение участника права на тендерное обеспечение, если такой участник не способен провести заключительные переговоры или, как предусматривается в подпункте *c)*, если участник не способен сформулировать наилучшую и окончательную оферту. Кроме того, последнее положение в его нынешней формулировке, как представляется, предполагает, что участник процедур может лишиться права на тендерное обеспечение лишь в силу того, что ему не удалось сформулировать "наилучшую и окончательную оферту", приемлемую для организации-заказчика.

58. В ответ было указано, что, как правило, наилучшая и окончательная оферта предлагается и должна быть предложена, а заключительные переговоры проводятся и должны быть проведены в течение срока действия тендерной заявки, который должен покрываться тендерным обеспечением. Процедура, касающаяся заключительных переговоров, включая требование выдвижения наилучшей и окончательной оферты, не содержит ничего неожиданного для участника процедур, поскольку об этом говорилось в запросе предложений. Кроме того, условия наилучшей и окончательной оферты в полной мере входят в сферу контроля участника процедур, поскольку он не обязан улучшать ранее предложенные им условия и его ничто не принуждает к этому. Ссылка на проект типового положения 17 ограничивается предельным сроком, в течение которого необходимо представить наилучшую и окончательную оферту.

59. Комиссия согласилась с тем, что выраженную обеспокоенность можно было бы устранить посредством уточнения связи, существующей между проектами типовых положений 12 и 17. В частности, было поддержано предложение о замене слов "неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту" в пункте 2 *c)* слова-

ми "неспособность представить свою наилучшую и окончательную оферту".

60. В ответ на предложения заменить слова "наилучшая и окончательная оферта" в этом проекте типового законодательного положения и в других местах текста словами "оферта" или "окончательная оферта" было отмечено, что слова, употребляемые в тексте в его нынешней формулировке, представляют собой профессиональный термин, широко известный в практике международных закупок. Комиссия согласились сохранить этот термин. Комиссия согласилась также сохранить слово "заключительные" перед словом "переговоры" в проекте пункта 2 *b)*, поскольку эти слова образуют формулировку, которая надлежащим образом описывает конкретный этап процесса выбора концессионера.

61. С учетом упомянутых выше поправок Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

62. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор любого элемента запроса предложений, как это предусматривается в [*типовом положении 11*], и, в случае необходимости, пересмотреть его. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 26*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений".

63. Было предложено конкретно указать в этом проекте типового положения, что организация-заказчик не обязана информировать участников о личности участников процедур. Утверждалось, что на практике, когда личности участников процедур известны, существует опасность того, что какой-либо участник может, например, искусственно поднять свою цену, с тем чтобы она соответствовала более высокой цене, которую можно ожидать от конкретного участника процедуры, в ущерб интересам организации-заказчика.

64. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что в интересах прозрачности практика закупок в большинстве стран требует, чтобы сведения о личности участников процедур раскрывались любым лицам, запрашивающим такую информацию. Это отражено, например, в пункте 6 статьи 7 Типового закона о закупках, согласно которому требуется, чтобы закупающая организация предоставляла "любому представителю широкой общественности по запросу список всех поставщиков (подрядчиков), которые прошли предквалификационный отбор". Утверждалось, что анонимность в процедурах закупок является врагом прозрачности и что такую практику не следует поощрять в проектах типовых положений.

65. Был задан вопрос о том, необходимо ли разъяснения и изменения представлять в письменном виде и следует ли раскрывать личность участника процедур, который обращается с запросом. В ответ было указано, что эти вопросы следует оставить для урегулирования в рамках общего режима закупок принимающего государства, который невозможно воспроизвести в полном объеме в проекте типовых положений. Основополагающая посылка состоит в том, что такой режим должен предусматривать, как это указано в Типовом законе о закупках, что сообщения, отличные от тех, которые были сделаны в ходе встречи с участниками процедур, должны представляться в такой форме, которая обеспечивает регистрацию запрашиваемого разъяснения или представляемой информации (см. Типовой закон о закупках, пункт 1 статьи 9), и что в разъяснениях не следует указывать, от кого поступил запрос, так как это может нанести ущерб конкуренции между участниками процедур (см. Типовой закон о закупках, пункт 1 статьи 28).

66. Никаких других замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 14. Критерии оценки

67. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[20] включают как минимум следующее:

a) техническую обоснованность;

b) соблюдение экологических стандартов;

c) оперативную осуществимость;

d) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.

2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[21] включают, если это уместно, следующее:

a) текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;

b) текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*];

e) обоснованность предлагаемых финансовых механизмов;

f) степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров;

g) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

[20] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[21] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77".

68. В ответ на вопрос было указано, что термин "текущая стоимость" относится к методу калькуляции, с помощью

которого будущие предполагаемые поступления или расходы выражаются в суммах по текущему обменному курсу с учетом таких будущих изменений, как изменения процентных и обменных ставок и уровня инфляции за соответствующий период.

69. Никаких других замечаний или вопросов по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

70. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 16. Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев

71. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса[23].

[23] В случаях, когда проводились предквалификационные процедуры, должны применяться те же критерии, что и критерии, использовавшиеся при предквалификационных процедурах".

72. Был задан вопрос о том, применяется ли этот проект типового положения к консорциумам или достаточно, чтобы один член консорциума имел требуемую квалификацию.

73. Комиссия выразила мнение, что из системы, рекомендуемой в проекте типовых положений, а также из *Руководства для законодательных органов* (например, из пункта 41 комментариев в главе III "Выбор концессионера") следует, что в случае консорциумов, участвующих в процедурах отбора, квалификационные требования (будь то в начале или на последующих этапах процедур отбора) применяются к консорциуму в целом и к каждому входящему в него члену. Однако Комиссия не сочла необходимым включать дополнительную формулировку, для того чтобы изложить этот принцип.

74. В отношении предложения о том, чтобы ограничить количество раз, когда организация-заказчик будет иметь право потребовать от любого участника процедур нового подтверждения его квалификационных данных, было отмечено, что проект типовых положений основывается на той предпосылке, что стороны будут действовать добросовестно и что если какая-либо сторона не будет действовать таким образом, в том числе организация-заказчик, то этот вопрос будет регулироваться в рамках общего режима закупок принимающего государства.

75. Никаких дополнительных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 17. Заключительные переговоры

76. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному договору участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.

2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного договора, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока этот участник процедур не подготовит приемлемой для организации-заказчика оферты, она прекращает переговоры с таким участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного договора или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта".

77. Было принято решение после слов "отвечающие формальным требованиям предложения" в пункте 1 добавить из соображений ясности слова "на основе критериев оценки".

78. Было выражено мнение, что пункт 2 таит в себе опасность того, что любое требование или одностороннее условие, выдвигаемое организацией, может привести к прекращению переговоров. В ответ было сказано, что проект типовых положений призван предложить структурную процедуру для проведения заключительных переговоров. Проект не ставит перед собой цели предотвратить проявление недобросовестности в ходе переговоров и, по существу, не предусматривает средств для достижения этой цели. Для предотвращения и пресечения недобросовестного поведения со стороны организации-заказчика должны быть предусмотрены другие средства в рамках общего режима закупок принимающего государства. Проект типовых положений предполагает существование справедливой и прозрачной системы средств правовой защиты, как это видно, например, из проектов типовых положений 5 и 27.

79. В целях уточнения взаимосвязи, существующей между пунктом 2 *c)* проекта типового положения 12 и пунктом 2 положения 17 (см. пункты 58 и 59, выше), было принято решение изменить формулировку второго предложения проекта типового положения 17 следующим образом: "Если организация-заказчик не сочтет это предложение приемлемым, она прекращает переговоры с таким участником процедур".

80. Был задан вопрос о том, должна ли организация-заказчик вести переговоры со всеми отобранными участниками процедур или же по достижении договоренности с

одним из них она может отказаться от услуг участников, получивших более низкую оценку, даже до проведения переговоров с ними. Если преследуется именно такая цель, то в проект типового положения 17 следует внести поправку, включив в конце третьего предложения пункта 2 слова "без необходимости проведения переговоров со всеми ними" или какую-либо аналогичную формулировку.

81. В ответ на этот вопрос было отмечено, что заключительные переговоры, предусмотренные в этом проекте типового положения, совершенно очевидно предполагались как поочередные, а не одновременные. Отмечалось, что формулировка этого проекта типового положения взята из статьи 44 Типового закона о закупках, в которой речь идет о процедуре отбора поставщиков путем проведения поочередных переговоров. В то же время было сочтено, что нет необходимости вносить предлагаемое добавление.

82. В этой связи было выражено мнение, что этот проект типового положения, хотя и соответствует рекомендации, содержащейся в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 84), выходит за рамки законодательной рекомендации 27. Утверждалось, что нет серьезных оснований для того, чтобы организация-заказчик исключала для себя возможность возобновить переговоры с ранее отклоненным участником процедур. По разным причинам может возникнуть ситуация, когда организация-заказчик будет неспособна завершить переговоры с другим участником процедур и, возможно, пожелает возобновить переговоры с теми участниками процедур, которые были ранее отклонены. Утверждалось, что в силу сложности и продолжительности переговоров по таким проектам желательно сформулировать более гибкое положение. Комиссия приняла это мнение к сведению, но сочла, что предоставление организации-заказчику возможности возобновлять переговоры с участником процедур, с которым переговоры были прекращены, равнозначно превращению таких переговоров в одновременные переговоры и что это не будет способствовать обеспечению уровня прозрачности, рекомендуемому в *Руководстве для законодательных органов*.

83. С учетом вышеупомянутых поправок Комиссия одобрила содержание этого проекта типового соглашения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

3. Заключение концессионных договоров без проведения конкурентных процедур

Типовое положение 18. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

84. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 19. Процедуры переговоров по концессионному договору

85. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

4. Незапрошенные предложения

86. Разъяснение к проектам типовых положений, касающихся незапрошенных предложений, было приведено в сноске.

87. Никаких замечаний по проекту сноски на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 20. Приемлемость незапрошенных предложений

88. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 21. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

89. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые не связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

90. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 23. Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

91. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

5. Разные положения

Типовое положение 24. Конфиденциальность переговоров

92. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 17, 18 и 19 или пунктам 3 и 4 типового положения 23*] являются конфиденциальными. За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда, ни одна из сторон переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсужде-

ниями, сообщениями и переговорами согласно вышеупомянутым положениям, без согласия на то другой стороны".

93. Было выражено мнение, что этот проект типового положения выходит за рамки законодательной рекомендации 36, поскольку в нем говорится, что любые "сообщения" между организацией-заказчиком и участниками процедур являются конфиденциальными. Еще одна проблема заключается в том, что в третьем предложении упоминается только конфиденциальная информация, которую сторона "получила", но при этом ничего не говорится о конфиденциальной информации, которую сторона могла предоставить. В своей нынешней редакции этот проект типового законодательного положения, судя по всему, предполагает, что участник процедур не будет иметь права обмениваться со своими агентами, субподрядчиками, кредиторами, советниками или консультантами никакой технической, ценовой или иной информацией, которую он предоставил. Утверждалось, что эту проблему можно было бы адекватным образом решить путем включения в конце третьего предложения слов "за теми соответствующими исключениями, которые могут быть предусмотрены в запросе предложений или согласованы с организацией-заказчиком".

94. Комиссия признала, что в связи с нынешним текстом возникают определенные трудности, но не согласилась с тем, что предложенная поправка будет достаточна для их устранения, особенно в связи с тем, что в тексте в его нынешней формулировке уже содержится ссылка на согласие стороны на обмен информацией. Затем Комиссия приступила к рассмотрению различных альтернативных предложений и в конечном итоге согласилась включить следующие поправки в третье предложение этого типового положения: после слов "приказа суда" добавить слова "или когда это разрешено в запросе предложений", исключить слова "кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов", а также исключить слова "которую она получила" после слов "иную информацию".

95. С учетом этих поправок и исключения в заголовке слова "переговоры" Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 25. Уведомление о принятии решения заключить договор

96. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 26. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор

97. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 27. Процедуры обжалования

98. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Глава III. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Типовое положение 28. Содержание концессионного договора

99. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"В концессионном договоре регулируются такие вопросы, которые стороны считают уместными, например, следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, а также услуг, которые должны быть предоставлены концессионером [*см. пункт 1 главы IV*];

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному договору [*см. рекомендацию 5*];

c) помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры;

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с [*типовым положением 30*] [*см. рекомендации 42 и 43 и проект типового положения 30*];

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 31–33*] [*см. рекомендации 44 и 45 и проекты типовых положений 31–33*];

f) вознаграждение концессионера, будь то в виде тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки любых таких тарифов или сборов; и платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом [*см. рекомендации 46 и 48*];

g) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры [*см. рекомендацию 52*];

h) объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях [*см. рекомендацию 53 и проект типового положения 38*];

i) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми

юридическими и договорными требованиями [*см. рекомендацию 52 и пункт b) рекомендации 54*];

j) объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях [*см. пункт a) рекомендации 54*];

k) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i)*, выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер [*см. главу IV, пункты 73–76*];

l) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами [*см. рекомендацию 56*];

m) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры [*см. пункты a) и b) рекомендации 58*];

n) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон [*см. пункт e) рекомендации 58*];

o) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном договоре, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля [*см. пункт d) рекомендации 58*];

p) срок действия концессионного договора и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении [*см. рекомендацию 61*];

q) способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 47*] [*см. рекомендацию 67*];

r) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером [*см. рекомендацию 69 и проект типового положения 49*]".

100. Было выражено мнение, что содержание этого проекта типового законодательного положения улучшилось бы в результате включения в него ссылки на каждое типовое положение, которое касается содержания концессионного договора. Утверждалось, что в противном случае может создаться впечатление, будто некоторые важные типовые положения носят подчиненный характер. Кроме того, было предложено рассмотреть также в этом проекте типового положения следующие вопросы: наличие механизмов принуждения к исполнению в том случае, если какой-либо публичный пользователь объекта инфраструктуры не оплачивает предоставленные услуги; распределение риска в связи с неуказанными дефектами в объектах, которые предстоит модернизировать; и распределение рисков в связи с неуказанными экологическими условиями для объектов, которые предстоит эксплуатировать или модернизировать концессионеру. В качестве альтернативы данные вопросы можно было бы упомянуть в сноске к этому проекту типового положения. В ходе обсуждения были упомянуты и другие дополнительные вопросы, в том числе платежи организации-заказчику, которые могут потребоваться от концессионера.

101. Признав уместность этих дополнительных аспектов, Комиссия, тем не менее, в целом предпочла не расширять перечень вопросов, которые следует упомянуть в этом проекте типового положения, особенно в силу того, что некоторые из вопросов, упомянутых в предложении, не рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*. В то же время Комиссия выразила согласие с тем, что в целях обеспечения ясности в вводную часть данного типового положения следует добавить сноску для напоминания принимающим государствам о том, что включение в концессионный договор положений, касающихся некоторых из вопросов, перечисленных в типовом соглашении, является обязательным согласно другим типовым положениям.

102. Комиссия отметила, что Рабочая группа на своей четвертой сессии в 2001 году в целом придерживалась мнения, что различные вопросы, рассматриваемые в главе IV *Руководства для законодательных органов*, являются по своему характеру договорными и не требуют подготовки каких-либо конкретных проектов типовых положений (см. A/CN.9/505, пункты 110–116). В то же время Рабочая группа согласилась с тем, что было бы полезно подготовить типовое законодательное положение с перечислением основных вопросов, которые необходимо урегулировать в проектном соглашении. Нынешний перечень был составлен на основе использования заголовков, предшествующих рекомендациям 41–68, с возможными изменениями, необходимыми для ясного, но без излишних подробностей, изложения различных моментов, которые требуется охватить в проектном соглашении (A/CN.9/505, пункт 114). Некоторые из этих вопросов являются также предметом специальных типовых положений. В то же время другие перечисленные вопросы касаются законодательных рекомендаций, в связи с которыми Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке проектов специальных типовых положений (см. A/CN.9/522, пункт 56).

103. Комиссии было известно о том, что некоторые вопросы, упомянутые в перечне, частично дублируют друг друга или повторяют вопросы, которые рассматриваются в проектах нижеследующих типовых положений. Эта ситуация является отражением того, что в одних правовых системах те или иные вопросы могут считаться договорными, а в других – вопросами, требующими урегулирования в законодательстве. В целом проекты типовых положений, содержащиеся в главах III, IV и V, отражают компромисс, достигнутый в Рабочей группе, и было бы желательно, чтобы Комиссия избегала пересмотра этого решения Рабочей группы.

104. Кроме того, отмечалось, что слово "например" во вводной части этого проекта типового положения было использовано Рабочей группой с целью подчеркнуть идею о том, что перечень, хотя он и касается важных вопросов, не является обязательным во всей своей полноте. Затем Комиссия рассмотрела различные предложения по улучшению формулировки этого проекта типового положения. Одно такое предложение заключалось в замене слова "например" во вводной части словами "в том числе, без ограничения, любое из следующих". Другое предложение заключалось в том, чтобы добавить сноску, в которой было бы сказано, что этот перечень не является исчерпывающим и что стороны концессионного договора могут согласовать положения, касающиеся любых других вопросов,

какие они сочтут целесообразными, включая вопросы, которые упоминаются в других типовых положениях. Альтернативное предложение состояло в том, что такой текст следует включить в качестве отдельного пункта, а не в качестве сноски.

105. После обстоятельного обсуждения этих предложений Комиссия, отметив, что они не получили достаточной поддержки, приняла решение сохранить нынешнюю формулировку проекта типового положения с добавлением подпункта о том, в какой степени информацию следует считать конфиденциальной. Комиссия согласилась также заменить нынешнее название этой главы "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" новым названием "Концессионный договор".

106. С учетом этих поправок Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 29. Применимое право

107. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 30. Организационное устройство концессионера

108. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии, что заявление об этом было включено в документацию для предварительного отбора или в запрос предложений, если это уместно. В концессионном договоре оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы".

109. С учетом добавления во втором предложении слов "в соответствии с условиями запроса предложений" Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 31. Собственность на активы

110. Если не считать предложений редакционного характера, никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 32. Приобретение прав, связанных со строительной площадкой

111. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 33. Сервитуты

112. Текст этого проекта типового соглашения и сноски к его заголовку был следующим:

"[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании – поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами*][39].

[39] Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей, или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим концессионером или может быть приобретено публичным органом в принудительном порядке одновременно с приобретением строительной площадки. Несколько иной альтернативный вариант может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 30–32). Цель альтернативных формулировок, предложенных в квадратных скобках в начале текста типового положения, состоит в том, чтобы отразить эти варианты".

113. Было выражено мнение, что этот проект типового положения в его нынешней формулировке является слишком сжатым и не передает должным образом различных возможностей создания сервитутов, которые могут потребоваться для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

114. Было указано, что возложение на концессионера ответственности за получение сервитутов непосредственно от собственника участка обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Поэтому в проекте типового положения следует более четко предусмотреть, что такие сервитуты приобретаются организацией-заказчиком в принудительном порядке одновременно с приобретением строительной площадки.

115. Однако было отмечено, что, как это указывается в *Руководстве для законодательных органов* (глава IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 32), в некоторых странах в самом законодательстве предусматривается право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, поскольку это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры. Такой подход может снять необходимость в приобретении сервитутов в отношении отдельных участков. Такова одна из альтернатив, попытка предусмотреть которую, по-видимому, делается в этом проекте типового положения, хотя желательная степень ясности и не обеспечивается.

116. Комиссия рассмотрела различные предложения по улучшению текста этого проекта типового положения. В конечном итоге Комиссия согласилась с тем, что больше ясности можно достичь посредством согласования этого

проекта типового положения с более аналитической структурой проекта типового положения 32 и указания в пункте 1 этого положения на два варианта в отношении возможных источников установления сервитутов (т. е. самого законодательства или действий организации-заказчика или другого публичного органа), при упоминании в пункте 2 о соблюдении законодательства страны в отношении процедур создания сервитутов.

117. Комиссия просила редакционную группу подготовить с учетом этих указаний соответствующий текст взамен нынешнего проекта типового положения.

Типовое положение 34. Финансовые механизмы

118. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном договоре предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [*в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением*][40].

[40] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в Руководстве для законодательных органов называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, во многих странах рамки регулирования предоставления общедоступных услуг включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг и требуют, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46)".

119. Было выражено мнение, что в этом проекте типового положения следует упомянуть право организации-заказчика производить прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться конечными пользователями, или в дополнение к ним, что является вопросом большого коммерческого значения, который рассматривается в законодательной рекомендации 48.

120. В связи с этим предложением сначала было высказано несколько оговорок, в частности со ссылкой на то, что этот вопрос затрагивается в подпункте *f)* проекта типового положения 28. В ответ на эти оговорки было указано, что в подпункте *f)* проекта типового положения 28 говорится о включении соответствующего положения в концессионный договор, что может оказаться недостаточным в некоторых правовых системах, в которых организации-заказчику может потребоваться предоставление ей законодательного разрешения самой производить прямые платежи концессионеру.

121. Комиссия приняла это предложение и согласилась включить в этот проект типового положения второй пункт о том, что организации-заказчику следует предоставить право соглашаться производить прямые платежи концессионеру взамен тарифов или сборов за использование объекта или предоставляемых им услуг.

122. Чтобы не создавалось впечатления, будто этот проект типового положения создает преимущественное право концессионера устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги, Комиссия согласилась объединить два предложения пункта 1. Из нового текста должно ясно следовать, что это право концессионера должно осуществляться "в соответствии с концессионным договором, в котором предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов".

123. С учетом этих поправок Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 35. Обеспечительные интересы

124. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном договоре[41], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:

a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах;

b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.

2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, в тех случаях, когда создание такого обеспечения запрещается законом [*принимающего государства*].

[41] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры".

125. Было указано, что в некоторых правовых системах содержащееся в концессионном договоре положение, которое ограничивает право концессионера создавать обеспечительные интересы, может быть недостаточным для действенного предотвращения создания обеспечительного интереса в нарушение такого договорного положения, поскольку предусматриваемые в концессионном договоре ограничения могут не иметь силы по отношению к третьим сторонам. Комиссия приняла к сведению это замечание и признала, что практическое осуществление этого типового положения может потребовать принятия в некоторых правовых системах дополнительных мер. Вместе с тем было сказано, что этот проект типового положения все-таки отражает важный принцип права, существующий в нескольких правовых системах.

126. В этой связи было выражено мнение, что содержащаяся в этом проекте типового положения ссылка на ограничения, которые могут надлежащим образом включаться

в концессионный договор, как представляется, выхолащивает важные аспекты позитивных рекомендаций, содержащихся в законодательной рекомендации 49, в том числе по вопросу о том, должен ли концессионер обладать правом создавать обеспечительные интересы в проектных активах, которыми он владеет. Было предложено решить эту проблему посредством исключения вступительной формулировки, начинающейся со слов "с учетом", а также сноски 41.

127. В ответ на это предложение было указано, что проект типового положения касается сложного вопроса публичного порядка и что его нынешняя формулировка отражает приемлемый компромисс между противоположными взглядами на этот вопрос, которые первоначально высказывались при подготовке *Руководства для законодательных органов*. Было указано, что в некоторых правовых системах любое предоставляемое кредиторам обеспечение, которое позволяет им взять в свои руки контроль над проектом, может допускаться только при исключительных обстоятельствах и при соблюдении некоторых специальных условий, а именно: для создания такого обеспечения необходимо получить согласие организации-заказчика; обеспечение должно предоставляться со специальной целью облегчения финансирования или эксплуатации проекта; и обеспечительные интересы не должны затрагивать обязательств, принятых концессионером. Эти условия зачастую вытекают из общих принципов права или законодательных положений, и организация-заказчик не может отказаться от них в договорном порядке.

128. Обсудив эти мнения, Комиссия согласилась сохранить содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 36. Уступка концессионного договора

129. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 35*], права и обязательства концессионера согласно концессионному договору не могут быть уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному договору, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги".

130. В ответ на вопрос относительно значения формулировок "оговариваются" и "дает свое согласие" во втором предложении было указано, что согласно проекту типового положения будет устанавливаться обязательный порядок, при котором в концессионном договоре должны оговариваться условия предоставления разрешения на уступку прав концессионера, и что, если эти условия соблюдены, организация-заказчик будет обязана дать свое согласие на уступку.

131. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 37. Передача контрольного пакета акций компании-концессионера

132. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 38. Эксплуатация инфраструктуры

133. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 39. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

134. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 40. Пересмотр концессионного договора

135. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. Без ущерба для [*типового положения 39*] в концессионном договоре далее устанавливается объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации в случае, если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

a) изменений в экономических или финансовых условиях; или

b) изменений в законодательстве или правилах, непосредственно не затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги;

при условии, что экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения:

a) происходят после заключения договора;

b) происходят вне сферы контроля концессионера; и

c) носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного договора, или избежать, или преодолеть их последствия.

2. В концессионном договоре устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного договора после наступления любых таких изменений".

136. В ответ на вопрос относительно различий между проектом типового положения и подпунктом *c)* законодательной рекомендации 58 было указано, что текст законодательной рекомендации был дополнен рядом элементов с тем, чтобы отразить подробное обсуждение, проводимое в пунктах 126–130 главы IV *Руководства для законодатель-*

ных органов "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение".

137. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 41. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

138. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 42. Замена концессионера

139. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик может согласовать с субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного договора в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного договора, или возникновения иных аналогичных обстоятельств[43].

[43] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного договора (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны могут пожелать обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика".

140. Было предложено внести изменения в этот проект типового положения, с тем чтобы предусмотреть, что концессионер должен являться стороной соглашения, устанавливающего условия замены концессионера. В поддержку этого предложения было указано, что необходимо было провести различия между, с одной стороны, соглашением в принципе о праве замены и, с другой стороны, установлением процедуры для осуществления замены. Далее было указано, что создавать впечатление, будто бы право замены может быть установлено без согласия концессионера, было бы ошибочным. Хотя, конечно, осуществление этого права по прямому согласию организации-заказчика будет относиться к компетенции кредиторов, для самого возникновения такого права необходимо согласие концессионера.

141. Комиссия согласилась включить после слов "в области инфраструктуры" слова "и концессионер".

142. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание с внесенными изменениями и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Глава IV. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора

1. Срок действия и продление концессионного договора

Типовое положение 43. Срок действия и продление концессионного договора

143. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"1. Срок действия концессионного договора, как он оговорен в соответствии с [*пунктом* р) *типового положения 28*], не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств:

a) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон;

b) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов; или

c) [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*][44].

2. Кроме того, срок действия концессионного договора может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном договоре, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально установленного срока.

[44] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о возможности разрешения продлевать, на основе согласия сторон, концессионный договор в соответствии с его условиями по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами".

144. Было высказано мнение, что этот проект типового положения, в частности его пункт 1 *c)*, является излишне ограничительным, поскольку в нем не предусматривается возможности для организации-заказчика и концессионера согласовать вопрос о продлении срока концессии в концессионном договоре. Было указано, что, так как полностью исключать возможность согласования вопроса о продлении срока концессии в целом нецелесообразно, в сноску могут быть внесены изменения путем замены слов "по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами" словами "при определенных оговоренных обстоятельствах (как они указываются в концессионном договоре)".

145. Хотя это предложение получило определенную поддержку, в Комиссии были также высказаны решительные возражения. Было указано, что в этом положении отражена содержащаяся в *Руководстве для законодательных органов* рекомендация, согласно которой такое продление должно допускаться, только если подобная возможность предусматривается в законодательстве принимающего государства. Сноска в ее нынешней формулировке, с учетом принятого Комиссией принципиального подхода, как он изложен в *Руководстве для законодательных органов*, напоминает государствам, что они могут пожелать рассмотреть вопрос о возможности продления концессионного договора на основе обоюдного согласия организации-заказчика и концессионера, но только по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами. Кроме того, такая дополнительная возможность продления должна быть оговорена в самом законодательстве.

146. После обстоятельного обсуждения этого вопроса и рассмотрения различных альтернативных предложений Комиссия согласилась включить слова "в законодательстве" после слова "возможность" в сноску и добавить в это же предложение ссылку на обязанность организации-заказчика обосновать причины такого продления в отчетности, которую ей необходимо вести.

147. В этот момент обсуждения было отмечено, что название главы IV проекта типовых законодательных положений ("Срок действия, продление и прекращение концессионного договора") является неверным, поскольку ни в одном из включенных в эту главу положений вопрос о сроке действия концессионного договора не затрагивается. Было предложено исключить из названия слова "срок действия". В поддержку этого предложения было указано, что сама концепция оговоренного срока действия применительно к концессии в области инфраструктуры может быть уместной отнюдь не во всех случаях, поскольку государства могут бессрочно передать частному сектору ответственность за предоставление определенных услуг, ранее предоставлявшихся государством.

148. В ответ на это предложение было указано, что принцип, принятый Комиссией в *Руководстве для законодательных органов*, заключался в том, что концессии в области инфраструктуры часто связаны с монопольным элементом и что излишне жесткий режим применительно к вопросам их срока или продления может вступить в противоречие с законами и принципиальными подходами ряда стран в области конкуренции. Кроме того, четкие правила по этому вопросу необходимы для обеспечения прозрачности и защиты публичных интересов. В то же время было признано, что в данном проекте типового положения эти вопросы регулируются только частично и что требуется дополнительное положение, предусматривающее, что срок концессии должен оговариваться в концессионном договоре. Было указано, что ссылки на срок концессии в подпункте *p)* проекта типового положения 28 недостаточно, поскольку перечень, содержащийся в этом проекте типового положения, не носит императивного характера.

149. Рассмотрев различные высказанные мнения, Комиссия согласилась включить в начало данного проекта типового положения формулировку, предусматривающую, что срок концессии должен устанавливаться в концессионном договоре.

150. Было отмечено, что проект типового положения в его нынешней формулировке предполагает, как представляется, различный режим для обстоятельств, перечисленных в подпунктах *a)–c)* пункта 1, и для случая, о котором говорится в пункте 2. Этот проект типового положения также оставляет возможности для толкования в вопросе о том, обладает ли концессионер правом – подлежащим, возможно, принудительному исполнению через согласованные механизмы регулирования споров – требовать продления концессионного договора или же вопрос о таком продлении должен всегда выноситься на переговоры и согласование между сторонами. Было принято общее решение о том, что для продления концессии всегда должно требоваться предварительное согласие сторон. Для более четкого изложения этого принципа Комиссия согласилась объединить пункты 1 и 2 и включить в вводную часть ссылку на согласие организации-заказчика.

151. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание с внесенными изменениями и передала его на рассмотрение редакционной группы.

2. Прекращение концессионного договора

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

152. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Организация-заказчик может прекратить концессионный договор:

a) в случае, когда нельзя более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;

b) в силу [настоятельных][45] причин, связанных с публичными интересами, при условии выплаты компенсации концессионеру в порядке, согласованном в концессионном договоре;

c) [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*].

[45] [Возможные ситуации, когда возникают настоятельные причины, связанные с публичными интересами, рассматриваются в Руководстве для законодательных органов, глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 27.]"

153. Был задан ряд вопросов относительно значения слова "разумно" в подпункте *a)*, которое было сочтено расплывчатым, предполагающим вынесение субъективного суждения и создающим неопределенность в отношении применения проекта типового положения. Другое критическое замечание заключалось в том, что пороговое требование применительно к прекращению концессионного договора, как представляется, является более низким, чем пороговое требование применительно к временному переходу проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика согласно проекту типового положения 41, который возможен только в случае "серьезного неисполнения" концессионером его обязательств по предоставлению общедоступных услуг.

154. В ответ на эти вопросы было отмечено, что, согласно общему пониманию Комиссии, с учетом серьезных последствий прекращения, заключающихся, например, в том, что предоставление услуг может быть прервано или даже полностью остановлено, прекращение договора следует в большинстве обстоятельств рассматривать в качестве самого последнего средства. Кроме того, в *Руководстве для законодательных органов* указывается, что в целом целесообразно предусмотреть, чтобы в большинстве случаев для прекращения проектного соглашения требовалось окончательное решение органа по урегулированию споров, оговоренного в соглашении (глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 13). Пороговое требование, предусматриваемое в подпункте *a)* проекта типового положения, никоим образом не является более низким, чем пороговое требование, устанавливаемое в проекте типового положения 41. Так, прекращение согласно подпункту *a)* проекта типового положения 44 возможно только в случае постоянного неисполнения или постоянной неспособности концессионера исполнять свои обязательства по концессионному дого-

вору. Оценка степени и характера неспособности или неготовности концессионера исполнять свои обязательства отнюдь не является предметом для субъективной оценки организации-заказчика, что четко вытекает из использованной в подпункте *a)* безличной формулировки (т. е. когда "нельзя более разумно ожидать"). Было указано, что критерий разумности используется во многих правовых системах и что он не может быть удовлетворен в случаях существования простых опасений или необоснованных мнений организации-заказчика.

155. Рассмотрев все эти мнения и с учетом снятия квадратных скобок вокруг слова "настоятельных" и вокруг сноски 45, Комиссия одобрила содержание этого проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора концессионером

156. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"Концессионер не может прекратить концессионный договор кроме как в следующих обстоятельствах:

a) в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа их обязательств в связи с концессионным договором;

b) если условия для пересмотра концессионного договора согласно [*пункту 1 типового положения 40*] соблюдены, однако стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора; или

c) если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась в результате действий или бездействия организации-заказчика или других публичных органов, таких как те, о которых говорится в [*пунктах h) и i) типового положения 28*], и стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора".

157. Было высказано мнение, что этот проект типового положения, в частности его подпункт *b)*, является явно благоприятным для концессионера и создает потенциальную опасность с точки зрения защиты публичных интересов. В ответ было указано, что этот проект типового положения необходимо читать совместно с содержащимися в *Руководстве для законодательных органов* рекомендациями, в которых четко говорится, что на практике права концессионера на прекращение являются более ограниченными, чем подобные права, принадлежащие организации-заказчику. В соответствующем разделе *Руководства для законодательных органов* указывается, что в то время как в некоторых правовых системах организация-заказчик может сохранять за собой неограниченное право на прекращение проектного соглашения, основания для прекращения концессионером обычно ограничиваются серьезным нарушением обязательств организацией-заказчиком или другими исключительными обстоятельствами и, как правило, не включают в себя общее право прекращать проектное соглашение по своему усмотрению. Кроме того, в *Руководстве для законодательных органов* указывается, что в некоторых правовых системах признается не право концессионера на одностороннее прекращение проектного соглашения, а только его право ходатайствовать перед третьей стороной, например компетентным судом, об объявлении проектного соглашения прекращенным (глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 28).

158. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 46. Прекращение концессионного договора любой из сторон

159. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

Типовое положение 47. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

160. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"В концессионном договоре оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного договора, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполненных по концессионному договору, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль".

161. Комиссия согласилась с изменением формулировки заголовка раздела, в который включен этот проект типового положения, следующим образом: "Механизмы по прекращении или истечении концессионного договора". Комиссия также согласилась со следующей формулировкой названия этого проекта типового положения: "Компенсация по прекращении или истечении концессионного договора".

162. Комиссия согласилась с предложением отразить в данном проекте типового положения содержание законодательной рекомендации 67.

163. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание с внесенными изменениями и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 48. Этап завершения и меры в переходный период

164. Текст этого проекта типового положения был следующим:

"В концессионном договоре устанавливаются, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении:

a) механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;

b) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

c) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника по вопросам эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

d) продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику".

165. Комиссия приняла к сведению мнение, что ссылка на передачу технологии, включая соответствующие замечания в *Руководстве для законодательных органов*, является несколько устаревшей и что было бы предпочтительно упомянуть о более современных концепциях, таких как лицензирование прав интеллектуальной собственности, авторских прав и других смежных прав.

166. Комиссия согласилась с предложением включить в данный проект типового положения текст, отражающий закрепленный в законодательной рекомендации 66 принцип, согласно которому требуется наличие критериев для определения размеров компенсации, причитающейся концессионеру в связи с активами, передаваемыми по истечении или прекращении проектного соглашения.

167. Никаких иных замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Глава V. Регулирование споров

Типовое положение 49. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

168. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

169. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 51. Другие споры

170. Никаких замечаний по этому проекту типового положения на сессии высказано не было. Комиссия, таким образом, одобрила его содержание и передала его на рассмотрение редакционной группы.

D. Принятие типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

171. Рассмотрев текст проекта типовых законодательных положений, пересмотренный редакционной группой, Комиссия на своем 768-м заседании 7 июля 2003 года приняла следующее решение:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

учитывая роль партнерства между публичным и частным секторами в деле улучшения предоставления инфраструктурных и общедоступных услуг и эффективного управления ими,

признавая необходимость создания благоприятной среды, которая способствовала бы частным инвестициям в инфраструктуру и учитывала задачи страны, представляющие публичный интерес,

подчеркивая важное значение установления эффективных и прозрачных процедур заключения договоров об осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, а также важность содействия осуществлению таких проектов с помощью правил, которые способствуют прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости и устраняют нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры,

напоминая о полезных рекомендациях, которые она подготовила[1] для государств-членов в отношении создания законодательной базы, благоприятствующей участию частного сектора в развитии инфраструктуры, в виде *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[2], которое Генеральная Ассамблея приветствовала в своей резолюции 56/79 от 12 декабря 2001 года,

будучи убеждена в том, что Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, окажут дополнительную помощь государствам, особенно развивающимся странам, в создании соответствующей законодательной базы для таких проектов,

1. *принимает* Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, в том виде, в каком они содержатся в приложении I к докладу о работе ее тридцать шестой сессии;

2. *просит* Секретариат препроводить текст Типовых законодательных положений вместе с *Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[2], правительствам, соответствующим межправительственным и неправительственным организациям, учреждениям частного сектора и учебным заведениям;

3. *просит также* Секретариат, при условии наличия средств, объединить в надлежащее время текст Типовых законодательных положений и *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, в одной публикации и сохранить при этом рекомендации по законодательным вопросам, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*, как основу, на которой разрабатывались Типовые законодательные положения;

4. *рекомендует* всем государствам должным образом принимать во внимание Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ и *Руководство ЮНСИТРАЛ*

[1] См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/54/17), пункты 155–161.

[2] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, при пересмотре или принятии законодательства, касающегося участия частного сектора в развитии и эксплуатации публичной инфраструктуры".

IV. ПРОЕКТ РУКОВОДСТВА ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Предварительное одобрение проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

172. Комиссия выразила удовлетворение ходом подготовки Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности и высоко оценила уровень консенсуса, достигнутый в этой весьма сложной области права, и всеобъемлющий и сбалансированный характер проекта текста. Было выражено мнение, что решения, предлагаемые в проекте руководства, будут полезны для государств с разными правовыми традициями и различными уровнями экономического развития.

173. Был отмечен открытый и прозрачный характер работы ЮНСИТРАЛ и вклад в подготовку проекта руководства для законодательных органов целого ряда участников, что было сочтено важным фактором в выработке приемлемого для всех документа, который могли бы легко использовать государства. Комиссия выразила удовлетворение уровнем сотрудничества и координации с международными организациями в процессе подготовки проекта руководства и подчеркнула необходимость поддержания этого сотрудничества и координации не только для завершения текста, но и для пропаганды и содействия использованию проекта руководства. В качестве примера, которому можно было бы следовать, был назван международный коллоквиум, проведенный 16 и 17 июля 2001 года в Лондоне ЮНСИТРАЛ и Международной федерацией специалистов по вопросам несостоятельности.

174. Представитель Международного валютного фонда отметил, что необходимо согласовать единый разработанный на международном уровне стандарт, которым можно было бы руководствоваться при проведении реформы законодательства о несостоятельности и который сочетал бы в себе гибкость, предполагающую возможность применения различных подходов, и конкретность, проявляющуюся в наличии подробных рекомендаций в отношении использования таких подходов. В этом плане была дана высокая оценка роли проекта руководства для законодательных органов. Комиссия отметила, что Всемирный банк, о работе которого было в общем виде рассказано Комиссии, в настоящее время пересматривает свои *Принципы и рекомендации в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов*. Была достигнута широкая договоренность в отношении необходимости избегать дублирования усилий в ходе разработки текстов по вопросам законодательства о несостоятельности и расхождений в таких текстах при одновременном учете различий в мандатах Комиссии и Всемирного банка. Было указано на общность целей проекта руководства и *Принципов* Всемирного банка и было настоятельно рекомендовано исходить из духа сотрудничества для обеспечения согласованности этих документов. С этой целью было предложено рассмотреть на следующей сессии Рабочей группы вопросы, по которым имеются расхождения, и предложить Всемирному банку подготовить соответствующие документы для содействия такому обсуждению.

175. Комиссия отметила, что проект руководства для законодательных органов оказал влияние на ряд предпринимавшихся в последнее время усилий по проведению реформы законодательства о несостоятельности и что его завершение в значительной степени облегчит дальнейшие усилия в этой области.

176. Комиссия отметила также сотрудничество между Рабочей группой V и Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) при обсуждении вопросов, касающихся обеспеченных кредиторов и обеспечительных интересов в случае несостоятельности, и подчеркнула необходимость продолжения этого сотрудничества в процессе завершения работы над проектом руководства для законодательных органов.

177. Многие члены Комиссии высказались за то, чтобы одобрить в принципе ключевые цели и основные принципы проекта руководства для законодательных органов, но при этом отметили, что работа над ними еще не завершена и что некоторые из них нуждаются в доработке и уточнении. Комиссия рассмотрела вопрос об общем программном подходе, использованном в каждой главе проекта руководства. Было отмечено, что согласованные вопросы (см. ниже) следует учитывать в ходе будущего пересмотра текста и довести до сведения Рабочей группы V на ее следующей сессии.

Часть первая. Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности

Глава I. Общая информация о процедурах несостоятельности

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

178. Широкую поддержку получило мнение, что ключевые цели четко сформулированы и отражают компоненты, необходимые для эффективного и действенного режима несостоятельности, при условии внесения в них небольших редакционных изменений. В частности, было предложено сделать формулировку пункта 1 (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2) более сбалансированной в том, что касается интересов, затрагиваемых законодательством о несостоятельности, расширить пункт 24, включив в него ссылки на структуру режима несостоятельности и на возможность использования внесудебных процедур, и более гибко сформулировать ссылку на последствия моратория для прав обеспеченных кредиторов в последнем предложении ключевой цели 5.

179. Никаких замечаний по существу в отношении разделов B "Установление баланса между ключевыми целями" и C "Общие черты режима несостоятельности" высказано не было.

Глава II. Виды производства по делу о несостоятельности

180. Никаких замечаний по существу в отношении раздела A "Ликвидация" высказано не было.

B. Реорганизация

181. Была выражена определенная обеспокоенность в связи с включением в руководство, посвященное в первую очередь законодательству о несостоятельности, информации о неофициальных реорганизационных процедурах и, в частности, в связи с тем, что эти процедуры слишком подробно рассматриваются во вступительной главе. В то же время Комиссия признала, что эти процедуры находят все более широкое применение, что они являются полезным добавлением к механизмам, которые применяются при возникновении острых финансовых трудностей, и что мандат, предоставленный Рабочей группе, включает рассмотрение процедур внесудебной реорганизации. Кроме того, описание этих процедур служит своего рода введением к описанию упрощенного реорганизационного производства в главе V части второй проекта руководства. Было высказано мнение о том, что при обсуждении той части проекта руководства для законодательных органов, которая посвящена неофициальным реорганизационным процедурам, Рабочей группе необходимо учитывать интересы должника. Была выражена также обеспокоенность в отношении того, что эти процедуры в разделе C главы II части первой названы "административными", и в отношении уместности упоминания их в связи с режимом коммерческой несостоятельности, хотя и было отмечено, что такие процедуры широко разрабатывались и применялись в связи с недавними системными затруднениями и что по этой причине их следует упомянуть в части первой.

182. Никаких замечаний по существу в отношении раздела D "Структура режима несостоятельности" высказано не было.

Часть вторая. Основные положения эффективного и действенного режима несостоятельности

Глава II. Подача заявления и открытие производства

183. Никаких замечаний по существу в отношении разделов A "Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция" и B "Критерии подачи заявления и открытия производства" главы II (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и 4) высказано не было.

Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

A. Затрагиваемые активы

184. Было предложено больше внимания уделить рациональному использованию активов в отличие от управления или распоряжения ими. В отношении момента образования имущественной массы, о котором говорится в пункте 65 раздела A (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5), было предложено дополнительно рассмотреть последствия ретроспективного образования имущественной массы применительно к дате заявления, например, для сделок, заключенных в период между подачей заявления и открытием производства.

185. Никаких замечаний по существу в отношении разделов B "Защита и сохранение имущественной массы" и C "Использование активов и распоряжение ими" (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6 и 7) высказано не было.

D. Режим в отношении контрактов

186. Отметив важное значение трудовых договоров и их режима в законодательстве о несостоятельности, Комиссия признала, что в связи с этими договорами возникают комплексные и сложные вопросы как во внутригосударственном, так и международном праве, которые невозможно всеобъемлющим образом охватить в проекте руководства для законодательных органов (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8). В то же время Комиссия отметила, что реорганизационные процедуры, о которых идет речь в проекте руководства, конкретно направлены на содействие активизации предпринимательской деятельности и на сохранение занятости.

E. Процедура расторжения сделок

187. Было предложено дополнительно рассмотреть в проекте руководства для законодательных органов (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9) последствия ретроспективного установления "подозрительного" периода с момента подачи заявления или открытия производства, а также высказано мнение о том, что в более широком плане в целях обеспечения согласованности, видимо, необходимо более внимательно проанализировать последствия подачи заявления и открытия производства и вопрос о том, как они рассматриваются в проекте руководства. В отношении сделок по заниженной стоимости был задан вопрос о том, что представляет собой существенное занижение стоимости и как определять эту стоимость для целей расторжения сделки.

F. Зачет и взаимозачет

188. Комиссия отметила чрезвычайно важное значение зачета требований и взаимозачета для надлежащего функционирования и стабильности международной финансовой системы и финансовых сделок и для обеспечения предсказуемости и определенности прав сторон этих сделок в случае несостоятельности. Ожидалось, что Рабочая группа на своей следующей сессии примет решения, позволяющие устранить негативные последствия для таких систем.

Глава IV. Участники и учреждения

189. Никаких замечаний по существу в отношении разделов A "Должник" и B "Управляющий в деле о несостоятельности" (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10) высказано не было.

C. Кредиторы

190. Комиссия приняла к сведению выраженную обеспокоенность в отношении различных механизмов участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности и необходимость обеспечения большей ясности, особенно применительно к связи между правами кредиторов, действующих индивидуально, и механизмами представительства (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.11).

D. Институциональные основы

191. Комиссия отметила чрезвычайно важное значение институциональных основ для эффективного и действенного функционирования режима несостоятельности. Она также с признательностью приняла к сведению работу по созданию потенциала, проводимую Всемирным банком (см. A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.11).

Глава V. Реорганизация

A. План реорганизации

192. Было предложено более четко изложить в проекте руководства режим обеспеченных кредиторов при реорганизации, в частности, в отношении голосования обеспеченных кредиторов по плану отдельной категорией или каким-либо иным образом (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

193. Никаких замечаний по существу в отношении раздела B "Упрощенное реорганизационное производство" высказано не было.

Глава VI. Ведение производства

A. Режим требований кредиторов

194. Было предложено более подробно рассмотреть в проекте руководства для законодательных органов сложный вопрос субординации требований (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

195. Было отмечено, что Рабочая группа не завершила обсуждение остальных частей проекта руководства, и при этом никаких замечаний по существу не было высказано в отношении разделов B "Финансирование после открытия производства" и C "Приоритеты и распределение" (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14); раздела D "Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности" (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16); остальной части последнего документа, касающейся прав на обжалование и апелляцию должника и кредиторов; и главы VII "Итоги производства" (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15).

Применимое право, регулирующее производство по делу о несостоятельности

196. Комиссия отметила, что Рабочая группа не имела возможности рассмотреть вопрос о применимом праве, регулирующем производство по делу о несостоятельности, однако многие члены Комиссии подчеркнули важное значение этого вопроса для производства по делу о несостоятельности и указали на желательность рассмотрения этой темы в проекте руководства для законодательных органов (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17).

B. Одобрение в принципе проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

197. Рассмотрев проект руководства для законодательных органов, Комиссия приняла следующее решение о его одобрении в принципе:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

признавая важность надежных режимов несостоятельности для всех стран,

признавая также, что хорошо функционирующий 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 цены кредитов на рынке капитала, при том что сравнительный анализ таких систем становится как обычной практикой, так и жизненно важным элементом для целей кредитования,

отмечая далее важность вопросов социальной политики для структуры режима несостоятельности,

признавая, что решения связанных с несостоятельностью ключевых 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,

признавая также, что текст, выработанный Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности), был подготовлен с учетом текста Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности[1] и согласуется с ним, а также что эти тексты вместе с проектом руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспечительным интересам создадут ключевые элементы современной базы коммерческого права,

отмечая сотрудничество между Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) в вопросах о режиме обеспеченных кредиторов и обеспечительных интересов при несостоятельности,

напоминая о мандате, предоставленном Рабочей группе V в связи с подготовкой 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 предполагаемых преимуществ и недостатков таких подходов и рекомендаций,

признавая работу, проводимую в области реформы законодательства о несостоятельности другими международными организациями, включая Всемирный банк, Международный валютный фонд, Азиатский банк развития, Международную ассоциацию адвокатов, Международную федерацию специалистов по вопросам несостоятельности и другие, а также необходимость в сотрудничестве и координации между этими организациями и Комиссией для обеспечения последовательности и согласованности в проводимой работе и для облегчения выработки международных стандартов,

отмечая прогресс, достигнутый Рабочей группой V в окончательной доработке проекта руководства для законодательных органов, и считая, что с учетом завершения работы по существу над основными элементами, а также спроса на текст, который мог бы быть использован в усилиях по проведению реформы законодательства, проект руководства может применяться даже до его окончательного принятия в 2004 году,

подчеркивая необходимость в по возможности скорейшем завершении работы над окончательным текстом проекта руководства для законодательных органов,

1. *выражает признательность* Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) за проделанную работу по подготовке проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности;

2. *одобряет в принципе* программные соображения, отраженные в проекте руководства для законодательных органов, а также ключевые цели, общие характеристики и структуру режима несостоятельности как отвечающие мандату, предоставленному Рабочей группе, при условии их окончательной доработки в соответствии с ключевыми целями;

3. *просит* 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;

4. *рекомендует* Секретариату координировать свои усилия и сотрудничать со Всемирным банком для выявления расхождений на уровне ключевых принципов между подготовленными Банком и пересматриваемыми в настоящее время *Принципами и рекомендациями в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов* и проектом руководства для законодательных органов, а также для определения путей обеспечения согласованности этих текстов в рамках процедур, используемых каждым из органов, принимающих участие в этом сотрудничестве, и в сроки, установленные для завершения работы над проектом руководства для законодательных органов;

5. *рекомендует также* продолжать сотрудничество между Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) в окончательной доработке проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности;

6. *просит* Рабочую группу V (Законодательство о несостоятельности) завершить работу над проектом руководства для законодательных органов и представить его Комиссии на ее тридцать седьмой сессии для окончательной доработки и принятия.

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

V. АРБИТРАЖ

198. 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). Комиссия продолжила свою работу по этой теме на своих последующих сессиях. Полный отчет об обсуждениях, проведенных Комиссией на этих сессиях, содержится в соответствующих докладах Комиссии[6].

199. На своей нынешней сессии Комиссия с удовлетворением приняла к сведению доклады Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе ее тридцать седьмой (Вена, 7–11 октября 2002 года) и тридцать восьмой (Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года) сессий (A/CN.9/523 и A/CN.9/524 соответственно). Комиссия высоко оценила достигнутый Рабочей группой к настоящему моменту прогресс в связи с вопросом об обеспечительных мерах.

200. Что касается вопроса о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры, то Комиссия отметила, что Рабочая группа на ее тридцать седьмой сессии рассмотрела пересмотренный проект текста статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119) и предложения одного из государств (A/CN.9/WG.II/WP.121). На тридцать седьмой сессии Рабочей группы был также обсужден вопрос о целесообразности включения положения, позволяющего третейскому суду выносить решения об обеспечительных мерах ex parte (A/CN.9/523, пункты 16–27). Комиссия отметила, что с учетом состоявшейся дискуссии Секретариат подготовил пересмотренный проект для обсуждения на одной из будущих сессий Рабочей группы (см. A/CN.9/WG.II/WP.123).

201. Что касается вопроса о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, то Комиссия отметила, что на своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа провела краткое обсуждение этого вопроса на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 83) и соответствующего проекта текста (который также воспроизводится в документе A/CN.9/523, пункты 78 и 79). Комиссия отметила, что эти обсуждения были продолжены на тридцать восьмой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/524) и что к Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект, содержащий различные варианты, обсужденные Рабочей группой.

202. Комиссия также отметила, что Рабочая группа на своей тридцать восьмой сессии на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункты 75–81) рассмотрела возможный проект положения, устанавливающего полномочия суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства, независимо от страны, в которой оно проводится. Комиссия отметила, что в то время, как Рабочая группа выразила общую поддержку в отношении такого положения, были высказаны различные мнения относительно критериев и стандартов для предписания таких мер (A/CN.9/524, пункты 77 и 78). Было отмечено, что Секретариат подготовит на основе обсуждений, проведенных в Рабочей группе, пересмотренный проект положения для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий.

203. 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, что вопрос об обеспечительных мерах ex parte, который, по общему мнению Комиссии, по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать ход работы по этой теме.

204. Что касается будущей работы, то Комиссия была проинформирована о том, что Секретариат по инициативе Организации экономического сотрудничества и развития провел совместно с этой Организацией совещание группы

[6] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 389–399; там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17 и Corr.3), пункты 309–315; и там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 178–184.

экспертов, которое пришло к выводу, что арбитраж является надлежащим методом урегулирования внутрикорпоративных споров, особенно в случае споров с участием сторон из различных государств. Центральным для этой работы был сочтен вопрос о применимости арбитража. Комиссия отметила, что применимость арбитража – тема, которой Комиссия придала низкий уровень приоритетности в программе работы Рабочей группы[7], – может быть вновь проанализирована при рассмотрении будущей работы. Комиссия заслушала также предложение о рассмотрении вопроса о пересмотре Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (1976 год) и Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) на предмет включения в будущую программу работы после завершения обсуждения Рабочей группой тем, стоящих на ее повестке дня в настоящее время.

VI. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО

205. 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 вопросам, как сфера применения документа, период ответственности перевозчика, обязательства перевозчика, ответственность перевозчика, обязательства грузоотправителя и транспортные документы[8]. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия одобрила рабочее предположение о том, что проект документа 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"[9].

206. На нынешней сессии 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).

207. Комиссия отметила масштабность проекта, осуществляемого Рабочей группой, и дала высокую оценку достигнутым результатам. Было выражено получившее широкую поддержку мнение, 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 на основе компромисса, в рамках которого регулировались бы вопросы унифицированной ответственности, выбора государства суда и согласованных договорных решений, но не затрагивались бы вопросы исков к исполняющим сторонам наземной перевозки. 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 предоставить государствам право соглашаться, по своему выбору, на применение всего режима "от двери до двери" или его части.

208. 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 (общее обсуждение вопроса о распределении конференционного времени между различными рабочими группами см. ниже, пункты 270–275, 277 и 278). Было решено, 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.

VII. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

209. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году[10] Комиссия одобрила свод рекомендаций в отношении будущей деятельности, которые были подготовлены Рабочей группой IV (Электронная торговля) на ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12–23 марта 2001 года), как они были изложены в докладе Рабочей группы (A/CN.9/484, пункт 134). Полный текст этих рекомендаций содержится в докладе Комиссии о работе ее тридцать пятой сессии в 2002 году[11].

210. На своей тридцать шестой сессии 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).

---

[7] Там же, *пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/54/17), пункты 351–353.

[8] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17,* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 345.

[9] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 224.

[10] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункты 291–293.

[11] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 205.

211. Комиссия отметила прогресс, достигнутый Секретариатом в связи с обзором возможных правовых препятствий на пути развития электронной торговли, содержащихся в международных документах, касающихся торговли. Комиссия вновь заявила о важности этого проекта и подтвердила свою поддержку усилий Рабочей группы и Секретариата в этой области. Комиссия напомнила, что она просила Рабочую группу посвятить основное время в ходе ее сороковой сессии в октябре 2002 года рассмотрению по существу различных вопросов, касающихся правовых препятствий на пути развития электронной торговли, которые были затронуты в первоначальном обзоре Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.94)[12]. В этой связи Комиссия приняла к сведению обсуждения, проведенные Рабочей группой в отношении первоначального обзора Секретариата, и в особенности тот факт, что она поддержала сделанные Секретариатом выводы. Комиссия отметила, что Рабочая группа рекомендовала Секретариату распространить этот обзор 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.

212. Комиссия с удовлетворением отметила, что Рабочая группа продолжила рассмотрение предварительного проекта конвенции, регулирующего отдельные вопросы электронного заключения договоров, и вновь выразила мнение, что международный документ, регулирующий отдельные вопросы электронного заключения договоров, станет полезным вкладом в дело содействия использованию современных средств связи в трансграничных коммерческих сделках. Комиссия была проинформирована о том, что Рабочая группа провела рассмотрение статей 1–11 пересмотренного предварительного проекта конвенции и что она обратилась к Секретариату с просьбой подготовить пересмотренный вариант для рассмотрения на одной из будущих сессий Рабочей группы. В то же время было отмечено, 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.

213. 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 (A/CN.9/528, пункт 25). Комиссия выразила поддержку усилиям Рабочей группы по проведению работы в обоих направлениях одновременно.

214. Комиссия была проинформирована о том, что Рабочая группа на своей сорок первой сессии в 2003 году провела предварительное обсуждение вопроса об исключении прав интеллектуальной собственности из сферы действия проекта конвенции (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 договорах международной купли-продажи товаров[13] 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 механизмам. К Секретариату была обращена просьба запросить мнения других международных организаций по этому вопросу, в частности Всемирной организации интеллектуальной собственности.

VIII. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ

215. 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[14]. 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[15].

216. На ее нынешней сессии Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее второй (Вена, 16–20 декабря 2002 года) и третьей (Нью-Йорк, 3–7 марта 2003 года) сессий (A/CN.9/531 и A/CN.9/532 соответственно). Комиссии был также представлен доклад первой совместной сессии Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (A/CN.9/535).

217. Комиссия высоко оценила тот факт, что Рабочая группа VI завершила первое чтение глав проекта руководства для законодательных органов по обеспечительным сделкам (A/CN.9/WG.VI/WP.2 и Add.1–12), а также второе чтение двух глав (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 и 5). Комиссия также выразила свою признательность Рабочей группе V и Рабочей группе VI за прогресс, достигнутый в ходе их первого совместного совещания по вопросам, представляющим общий интерес, и с удовлетворением отметила планы проведения совместных совещаний экспертов. Кроме того, Комиссия с удовлетворением отметила пред-

[12] Там же, пункт 207.

[13] *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.81.IV.3), часть I.

[14] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункты 358 и 359.

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

ставление современных систем регистрации обеспечительных прав в движимом имуществе, в частности системы Новой Зеландии, которое было организовано в рамках второй сессии Рабочей группы VI в декабре 2002 года, а также планы Секретариата подготовить документ, касающийся технических вопросов, возникающих в контексте функционирования таких регистров, на примере соответствующей системы регистрации, созданной недавно в Новой Зеландии. В этой связи было высказано мнение о том, что должны быть также учтены *Руководство для регистров движимого имущества,* подготовленное недавно Азиатским банком развития, работа, проводимая под эгидой Международной организации гражданской авиации по созданию международного регистра международных интересов согласно Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования[16] и Протоколу по авиационному оборудованию к этой Конвенции (Кейптаун, 2001 год)[17], а также иные аналогичные документы, подготовкой которых занимаются другие организации, такие как Европейский банк реконструкции и развития и Всемирный банк.

218. 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 Международный институт по унификации частного права (МИУЧП), Гаагская конференция по международному частному праву, Всемирный банк, Международный валютный фонд, Европейский банк реконструкции и развития и Азиатский банк развития. Было упомянуто о работе, проводимой в настоящее время МИУЧП по обеспечительным правам в ценных бумагах, 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 об обеспеченных сделках и *Принципах* Европейского банка реконструкции и развития, *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. В этой связи с учетом того факта, что в настоящее время отсутствует ясность в вопросе о том, будет ли этот вопрос рассмотрен Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности), было высказано мнение, что эксперты Рабочей группы V могут быть приглашены принять участие в обсуждениях, проводимых в Рабочей группе VI.

219. Что касается координации работы со Всемирным банком, то Комиссия приняла к сведению призыв Рабочей группы VI к активизации усилий (A/CN.9/532, пункт 14), а также с удовлетворением отметила, что на практике такие усилия уже прилагаются для обеспечения согласованности и взаимодополняемости подготовленных Всемирным банком *Принципов и рекомендаций в отношении эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов* и текстов Комиссии по обеспеченным сделкам и несостоятельности, с тем чтобы они могли совместно образовать международный стандарт.

220. Что касается сферы проводимой работы, то было высказано мнение, что Рабочей группе VI следует рассмотреть возможность охвата – в дополнение к товарам (включая инвентарные запасы) – некоторых видов нематериальных активов, таких как торговая дебиторская задолженность, аккредитивы, депозитные счета и права интеллектуальной и промышленной собственности, с учетом их экономической значимости для современной практики финансирования. Что касается важности прав интеллектуальной и промышленной собственности, то было упомянуто о сделках по финансированию приобретения оборудования, при которых обеспечение часто предоставляется и в товарном знаке, относящемся к такому оборудованию, а также о сделках, при которых обеспечение часто предоставляется во всей массе активов должника. С учетом сложности этого вопроса и опыта международных организаций, таких как Всемирная организация интеллектуальной собственности, было высказано мнение о необходимости наращивания усилий в области координации и проведения дальнейших исследований. Оба этих мнения получили широкую поддержку в Комиссии. Комиссия с удовлетворением отметила, что Секретариат планирует подготовить рабочий документ по этим вопросам в консультациях со всеми заинтересованными организациями.

221. Что касается содержания проекта руководства для законодательных органов, то было указано, что одновременно с возможным обсуждением в руководстве различных действенных подходов к урегулированию соответствующих вопросов в него должны быть также включены четкие рекомендации по законодательным вопросам. Было также отмечено, что применительно к вопросам, по которым были сформулированы альтернативные рекомендации, необходимо подробно обсудить сравнительные преимущества каждого подхода, в особенности для развивающихся стран и стран с переходной экономикой.

222. 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, относится к компетенции самой Рабочей группы.

IX. НАБЛЮДЕНИЕ ЗА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1958 ГОДА

223. Комиссия напомнила, что на своей двадцать восьмой сессии в 1995 году[18] она одобрила проект, который осуществляется совместно с Комитетом D Международной ассоциации адвокатов и цель которого состоит в наблюдении за законодательным осуществлением Конвен-

[16] DCME Doc.No. 74 (ICAO).

[17] DCME Doc.No. 75 (ICAO).

[18] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17* (A/50/17), пункты 401–404.

ции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год, "Нью-Йоркская конвенция")[19]. Отмечалось также, что задача этого проекта, утвержденного Комиссией, ограничивается именно этой целью и что, в частности, она не заключается в наблюдении за отдельными судебными решениями, связанными с применением Конвенции. Секретариат представил Комиссии устный доклад, в котором он проинформировал ее о том, что, по состоянию на 1 апреля 2003 года, участниками Конвенции являлись 133 государства и что он получил 66 ответов на разосланный вопросник.

224. Комиссия призвала Секретариат активизировать усилия по получению необходимой информации для обеспечения прогресса в работе по этому вопросу и с этой целью просила его вновь распространить вопросник среди государств – участников Нью-Йоркской конвенции с призывом к тем государствам, которые еще не представили своих ответов на вопросник, сделать это как можно скорее и с просьбой к государствам-участникам, уже представившим свои ответы, информировать Секретариат о любых новых событиях, происшедших после направления ими предшествующих ответов. К Секретариату был также обращен призыв запросить информацию из других источников, в частности от межправительственных и неправительственных организаций.

X. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В ОБЛАСТИ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК

225. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в своих обсуждениях по вопросу о публичных закупках основывалась на записке Секретариата (A/CN.9/539), в которой излагается текущая деятельность международных организаций в области публичных закупок и приводится информация о практическом опыте в осуществлении Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[20] со времени его принятия в 1994 году.

226. Было отмечено, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках содержит процедуры, направленные на обеспечение конкуренции, прозрачности, справедливости, экономии и эффективности в процессе закупок, и является важным международным ориентиром в деле реформирования правового регулирования закупок. Законодательство, основывающееся на Типовом законе или в значительной степени учитывающее его принципы, было принято более чем в 30 правовых системах в различных частях мира, и использование Типового закона привело к широкой унификации закупочных правил и процедур. Внимание Комиссии было обращено в этой связи на опыт проведения правовой реформы на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, а также на проблемы, возникшие в ходе его практического применения.

227. Одна из областей такого опыта касается более широкого использования электронной торговли для публичных закупок, в том числе основанных на применении Интернета методов, которые могут дополнительно содействовать достижению целей правового регулирования закупок. Электронные аукционы, например, не только эффективны, но и позволяют обеспечивать более высокую прозрачность по сравнению с традиционными торгами, так как для более качественного информирования поставщиков можно использовать информационные технологии. Утверждалось, что, хотя многие электронные методы закупок можно регулировать посредством толкования существующих законов и правил, тем не менее на пути использования электронной торговли в области закупок могут сохраняться нежелательные препятствия. Некоторые такие препятствия связаны с электронными процедурами закупок, и их невозможно в полной мере устранить с помощью единообразного правового регулирования, в частности с помощью Типовых законов ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 года)[21] и электронных подписях (2001 года)[22], которые основываются на принципе функциональной эквивалентности электронных сообщений и сообщений на бумаге.

228. Комиссия была также проинформирована о деятельности отдельных международных и региональных организаций в области правительственных закупок со времени принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках в 1994 году. Эта деятельность отражает повышение роли правового регулирования закупок в развитии национальной экономики и региональной и межрегиональной интеграции. Подчеркивалась также необходимость применения согласованных современных моделей и координации усилий международных органов, занимающихся вопросами закупок.

229. Было активно поддержано предложение о включении вопроса о правовом регулировании закупок в программу работы Комиссии. Утверждалось, что соответствующая правовая основа регулирования публичных закупок необходима для эффективного и прозрачного расходования публичных средств. Несмотря на общепризнанную ценность Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, со времени его принятия появились новые проблемы и виды практики, которые могут послужить основанием для корректировки его текста. Один из делегатов отметил также, что необходимо принять во внимание такие альтернативные методы закупок, как "реверсивные аукционы" и закупки "с полки", поскольку такие методы, как предполагается, помогают устранить опасность сговора между участниками торгов и сулят потенциальную экономию по сравнению с такими традиционными методами закупки, как торги.

230. Комиссия приняла решение просить Секретариат подготовить, в качестве первого шага, 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 ее сессии, которая может быть созвана в третьем квартале 2004 года, при том условии, что Комиссия даст согласие на это на своей тридцать седьмой сессии (см. пункт 278 *a)*, ниже). Секретариату было предложено учесть в его исследованиях и предложениях тот факт, что в некоторых странах публичные закупки регулируются не законодательством, а внутренними директивами министерств и правительственных учреждений. Кроме того, было указано, что работа Комиссии могла бы также включать выработку рекомендаций по наилучшим видам практики, разработку типовых

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

[20] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Corr.1), приложение I.

[21] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4.

[22] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), приложение II; см. также резолюцию 56/80 Генеральной Ассамблеи, приложение.

договорных положений и других видов практических рекомендаций в дополнение к рекомендациям для законодательных органов или в качестве альтернативы им. Предполагалось, что эта работа могла бы проводиться в тесном сотрудничестве с организациями, располагающими знаниями и опытом в этой области, например Всемирным банком. В исследованиях Секретариата следует учесть переговоры, проходящие на других международных форумах, например подготовку международной конвенции против коррупции, которая осуществляется Специальным комитетом, учрежденным резолюцией 56/260 Генеральной Ассамблеи от 31 января 2002 года, и переговоры, проводимые под эгидой Всемирной торговой организации и других международных и региональных организаций.

XI. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В СВЯЗИ С КОММЕРЧЕСКИМ МОШЕННИЧЕСТВОМ

231. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году[23] Комиссия рассмотрела предложение о том, чтобы ее Секретариат подготовил исследование мошеннической, финансовой и торговой практики в различных областях торговли и финансов для рассмотрения на одной из будущих сессий Комиссии.

232. Также на своей тридцать пятой сессии Комиссия была проинформирована о том, что многие виды мошеннической практики носят международный характер, что они оказывают значительное отрицательное экономическое воздействие на мировую торговлю и негативно влияют 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.

233. После рассмотрения этого предложения Комиссия постановила, что вопрос о будущей работе в области коммерческого мошенничества должен быть рассмотрен ею на одной из будущих сессий, и просила Секретариат провести исследование о мошеннической финансовой и торговой практике в различных областях торговли и финансов. Комиссия не установила каких-либо сроков для завершения этого исследования и не приняла на себя каких-либо обязательств в отношении принятия решений на его основании[24].

234. На ее тридцать шестой сессии Комиссии была представлена записка Секретариата о возможной будущей работе в отношении коммерческого мошенничества (A/CN.9/540). Комиссия с удовлетворением отметила работу Секретариата в связи с созывом совещания экспертов по теме коммерческого мошенничества в Вене 2–4 декабря 2002 года и в связи с подготовкой на основе результатов этого совещания записки для рассмотрения Комиссией.

235. Было отмечено, что проблема коммерческого мошенничества вызывает все бóльшую обеспокоенность в международной торговле и представляет собой угрозу для мировой экономики в целом. Было указано, что количество случаев коммерческого мошенничества существенно увеличилось. Было высказано мнение, что при будущей работе в этой области следует учитывать особые интересы жертв международного коммерческого мошенничества.

236. Комиссии было сообщено, что появление и распространение технологий и использование Интернета оказали заметное влияние на увеличение количества случаев коммерческого мошенничества, особенно с учетом его транснационального компонента. Заместитель Генерального секретаря, Юрисконсульт, который также выступал в качестве Председателя советников по правовым вопросам системы Организации Объединенных Наций, упомянул в этом контексте о том, что советники по правовым вопросам обсудили проблему отсутствия международного правового режима для Интернета. В результате этих обсуждений советники по правовым вопросам достигли согласия по следующим моментам, которые должны быть надлежащим образом доведены до сведения государств-участников:

a) Интернет имеет фундаментальное значение в качестве средства связи, торговли, политического и культурного обмена, образования и научного сотрудничества;

b) по причине международного характера и воздействия Интернета национальные законы и судебные системы отдельных стран не смогли обеспечить надлежащих правовых рамок для значительной доли деятельности, происходящей по Интернету;

c) существует срочная необходимость в создании юридических структур и институтов на международном уровне, которые способствовали бы дальнейшему развитию деятельности по Интернету в обстановке юридической определенности и уважения правопорядка и международного характера деятельности по Интернету.

237. Внимание Комиссии было обращено на усилия по борьбе с мошенничеством, предпринимаемые в международных юридических документах в области уголовного права, как в уже действующих (в частности, в Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, резолюция 55/25 Генеральной Ассамблеи, приложение I), так и в находящихся на заключительных стадиях согласования (в частности, в Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции). Комиссия рассмотрела вопрос о той роли, которую она могла бы на практике играть в этой области, с учетом ее мандата, относящегося к области международного коммерческого права, и значительного уголовно-правового компонента попыток вести борьбу с коммерческим мошенничеством. Было отмечено, что разработка четкого определения коммерческого мошенничества сталкивается с трудностями в результате, в частности, гражданско-, регулятивно- и уголовно-правовых аспектов, и что такая неясность, усиливаемая препятствиями на пути трансграничного сотрудничества между различными компетентными органами, на практике используется коммерческими мошенниками к своей выгоде. Было высказано мнение, что трудности в определении коммерческого мошенничества на настоящем этапе не должны рассматриваться как препятствие к проведению работы в этой области и что вероятность выработки удовлетворительного определения повышается в случае дальнейшего изучения этой темы через обсуждения, распространение информации и дальнейшие исследования. Было отмечено, что ключевая роль частного права в этой области может быть связана с его полезностью в качестве инструмента предотвращения мошенничества. В частности, Комиссия согласилась с тем, что действующие и будущие тексты ЮНСИТРАЛ могут играть важную роль в этом отношении.

---

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

[24] Там же, пункт 290.

238. 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. Было высказано мнение, что Комиссия обладает уникальной способностью мобилизовать необходимые публичные и частные интересы в целях содействия усилиям по эффективной борьбе с коммерческим мошенничеством.

239. Комиссия была проинформирована о том, что в настоящий момент она может сконцентрировать свое внимание на координации усилий с другими органами и на повышении осознания важности проблемы коммерческого мошенничества. В этой связи было упомянуто, что такая деятельность может включать привлечение внимания к опасности мошеннических схем, которые могут повлечь тяжкие последствия для экономики развивающихся стран, например к схемам пирамид, особенно в случаях, когда они используются лицами, действующими из-за границы. Это может быть сделано без вмешательства в вопросы, относящиеся к сфере действия национального уголовного законодательства и регулирования.

240. Решительная поддержка была выражена рекомендации Секретариата (документ A/CN.9/540, пункты 65–67) 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. К участию в коллоквиуме могут быть приглашены другие заинтересованные органы Организации Объединенных Наций, что предоставит возможность для содействия обмену мнениями с уголовно-правовым и регулирующим секторами, ведущими борьбу с коммерческим мошенничеством, и для выявления вопросов, работа по которым может быть скоординирована или согласована.

241. Комиссия сочла, что проведение исследования форм коммерческого мошенничества было бы полезным, и ей было сообщено о возможном проведении исследования коммерческого мошенничества Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию через Центр по международному предупреждению преступности Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности, причем это исследование может проводиться в консультациях с ЮНСИТРАЛ. Было высказано мнение, что предложенный коллоквиум по коммерческому мошенничеству может послужить полезным форумом для определения параметров этого исследования. Комиссия была проинформирована о том, что процесс сбора и анализа данных займет два-три года и что, если это потребуется, промежуточные доклады будут представляться Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию, а также ЮНСИТРАЛ. Комиссия, отметив, что ее ресурсы полностью задействованы на деятельность по выработке частноправовых норм и проведение связанных с этих мероприятий, обратилась с призывом к Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию об оказании помощи в проведении исследования коммерческого мошенничества в качестве основы для возможной будущей работы в этой области. Было отмечено, что коллоквиум и соответствующие исследования, которые должны быть проведены в сотрудничестве с Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию, были сочтены полезными уже сами по себе и что не существует каких-либо ожиданий в отношении учреждения межправительственной рабочей группы по коммерческому мошенничеству.

XII. 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

242. 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 дел, подборку полных текстов решений и подготовку вспомогательных материалов и аналитических средств для исследователей, например тезаурусов и предметных указателей. На настоящий момент для публикации был подготовлен 41 выпуск ППТЮ, охватывающий 476 дел. Комиссия была проинформирована о нововведениях в системе ППТЮ, в том числе, применительно к печатным выпускам, о дополнительном указании на первой странице выпуска таблицы включенных в него дел, о включении гиперссылок (активных в электронном варианте) на полный текст решения на подлинном языке (где таковой текст имеется), а также гиперссылки (активной в электронной версии) на перевод на один из официальных языков Организации Объединенных Наций (где таковой текст имеется), о включении указания на автора выдержки, а также ключевых слов (для дел, связанных с толкованием Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год))[25] и полного предметного указателя в конце каждого выпуска. Комиссия была проинформирована о подготовке нового тезауруса по Типовому закону об арбитраже, а также полного предметного указателя по этому Типовому закону. Комиссия просмотрела демонстрацию нового поискового устройства ППТЮ, помогающего посредством использования соответствующих указателей получить доступ к отдельным выдержкам ППТЮ (в настоящее время применительно к Типовому закону об арбитраже), поиск которых может осуществляться по порядковому номеру выдержки ППТЮ, по номеру соответствующей статьи, по правовой системе, по ключевому слову, по названию стороны и по дате.

243. Комиссия выразила признательность национальным корреспондентам за их работу по отбору решений и подготовке выдержек из дел. Было отмечено, что ППТЮ попрежнему является важной частью общей информационной деятельности, проводимой ЮНСИТРАЛ в области подготовки кадров и оказания технической помощи. Широкое распространение материалов ППТЮ 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.

---

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

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

244. Комиссия напомнила, что на своей тридцать четвертой сессии в 2001 году[26] она обратилась к своему 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, в контексте проведенного ею рассмотрения руководящих принципов для подготовки такого краткого сборника, была проинформирована о том, что в соответствии с ее просьбой, высказанной на тридцать пятой сессии в 2002 году[27], был подготовлен проект краткого сборника, который в настоящее время проходит редакцию, после чего – до окончательной доработки и опубликования – он будет распространен среди правительств, национальных корреспондентов и других заинтересованных сторон для представления замечаний. Комиссия выразила признательность экспертам и национальным корреспондентам за их вклад в подготовку первоначальных проектов глав краткого сборника по этой Конвенции.

245. Комиссия была далее проинформирована о том, что в соответствии с ее просьбой, высказанной на тридцать пятой сессии, первоначальные проекты краткого сборника по Типовому закону об арбитраже были подготовлены ее Секретариатом, который также изучает практические возможности подготовки краткого сборника прецедентного права по Нью-Йоркской конвенции 1958 года. Было отмечено, что в то время как подготовка кратких сборников по Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже и Типовому закону ЮНСИТРАЛ об арбитраже осуществлялась в сотрудничестве с национальными корреспондентами, национальных корреспондентов по Нью-Йоркской конвенции не имеется и что, в силу этого, было бы целесообразно изучить возможность подготовки краткого сборника по этой Конвенции в сотрудничестве, например, с такой организацией, как Международный совет по торговому арбитражу.

XIII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ТЕХНИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ

246. На рассмотрении Комиссии находилась записка Секретариата (A/CN.9/536), в которой описывались мероприятия, осуществленные после проведения тридцать пятой сессии в 2002 году, и указывались направления будущей деятельности, особенно с учетом увеличения числа просьб о проведении таких мероприятий, получаемых Секретариатом Комиссии. Было отмечено, что проведенные мероприятия по подготовке кадров и оказанию технической помощи, как правило, представляли собой семинары и информационные миссии, призванные разъяснять основные положения текстов ЮНСИТРАЛ и те выгоды, которые государства получат от принятия этих текстов. После таких семинаров и информационных миссий часто предоставлялась помощь в подготовке или доработке законодательных актов.

247. Было также отмечено, что со времени проведения тридцать пятой сессии Комиссии Секретариатом были организованы семинары и информационные миссии в следующих городах: Белу-Оризонти, Бразилия (27–29 мая 2002 года); Флорианополис, Бразилия (30 мая 2002 года); Кито (4 и 5 июля 2002 года); Гуаякил, Эквадор (8 и 9 июля 2002 года); Дакка (28 октября 2002 года); Бангкок (20–22 ноября 2002 года); Уагадугу (19–21 ноября 2002 года); Астана (3 и 4 февраля 2003 года); и Ханой (2–4 апреля 2003 года). Кроме того, было отмечено, что сотрудники Секретариата в качестве лекторов принимали участие в ряде совещаний, созванных другими организациями. Было отмечено также, что ряд просьб был отклонен из-за отсутствия ресурсов.

248. Комиссия дала высокую оценку проведенным мероприятиям и подчеркнула важное значение программы по подготовке кадров и оказанию технической помощи для усилий по унификации и согласованию, которые составляют суть мандата Комиссии. Указывалось, что подготовка кадров и техническая помощь особенно полезны для развивающихся стран и стран с переходной экономикой, которым недостает опыта в областях, охватываемых деятельностью ЮНСИТРАЛ. Было отмечено также, что деятельность Секретариата по подготовке кадров и оказанию технической помощи может играть важную роль в усилиях по экономической интеграции, предпринимаемых многими странами.

249. Комиссия выразила признательность Греции, Франции и Швейцарии за их взносы в целевой фонд для симпозиумов ЮНСИТРАЛ, а также Австрии, Камбодже, Кении, Кипру, Мексике и Сингапуру за их взносы в целевой фонд для оказания помощи в покрытии путевых расходов представителей развивающихся стран – членов Комиссии и других государств. Кроме того, Комиссия выразила признательность организациям, которые способствовали осуществлению программы путем предоставления финансовых ресурсов и персонала или путем проведения у себя семинаров.

250. Подчеркнув важное значение внебюджетного финансирования, Комиссия вновь обратилась ко всем государствам, международным организациям и другим заинтересованным сторонам с призывом рассмотреть вопрос о внесении взносов в целевые фонды ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы ее Секретариат мог удовлетворять растущие потребности в области подготовки кадров и оказания помощи и чтобы делегаты из развивающихся стран могли участвовать в совещаниях ЮНСИТРАЛ. Было также выражено мнение, что Секретариату следует приложить активные усилия для изыскания взносов в странах и организациях-донорах, например посредством разработки конкретных предложений по проектам в поддержку мероприятий по подготовке кадров и оказанию технической помощи.

251. Ввиду ограниченности ресурсов из бюджетных или внебюджетных источников, имеющихся в распоряжении Секретариата Комиссии, была высказана серьезная обеспокоенность по поводу того, что Комиссия не может в полном объеме выполнять свой мандат в отношении подготовки кадров и оказания технической помощи. Комиссия приняла к сведению замечания, высказанные Управлением служб внутреннего надзора в докладе об углубленной оценке деятельности в правовой области (E/AC.51/2002/5, пункт 64), о том, что будет целесообразно провести оценку эффективности мероприятий в области подготовки кад-

---

[26] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 395.

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

ров и оказания помощи, и просила Секретариат рассмотреть вопрос об осуществлении этого предложения. Была также высказана обеспокоенность в связи с тем, что без последующих действий и эффективного сотрудничества и координации между Секретариатом и учреждениями по оказанию помощи в целях развития, предоставляющими или финансирующими техническую помощь, международная помощь может привести к принятию таких национальных законов, которые не будут отражать согласованные на международном уровне стандарты. В этой связи Комиссия с признательностью отметила, что сделаны первые шаги по выполнению просьбы Генеральной Ассамблеи к Генеральному секретарю существенно увеличить как людские, так и финансовые ресурсы, имеющиеся в распоряжении Секретариата, часть которых будет использоваться для обеспечения эффективного осуществления программы Комиссии по подготовке кадров и оказанию помощи и своевременной публикации и распространения информации о ее работе (см. пункты 256–261, ниже).

XIV. СТАТУС И СОДЕЙСТВИЕ ПРИНЯТИЮ ПРАВОВЫХ ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ

252. На основе записки Секретариата (A/CN.9/537) Комиссия рассмотрела статус конвенций и типовых законов, являющихся результатом ее работы, а также статус Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год "Нью-Йоркская конвенция"). Комиссия с удовлетворением отметила новые акты, принятые в различных государствах и правовых системах после завершения ее последней сессии 28 июня 2002 года в отношении следующих документов:

a) Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила). Новый акт Сирийской Арабской Республики; число государств-участников – 29;

b) Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год). Новый акт Гондураса; число государств–участников – 62;

c) Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Новые акты Бразилии, Катара и Ямайки; число государств-участников – 133;

d) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Азербайджан, Иордания, Замбия, Парагвай и штат Иллинойс (Соединенные Штаты Америки);

e) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (1994 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Гамбия, Малави, Республика Молдова и Румыния;

f) Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год). Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Венесуэла, Иордания, Мексика, Новая Зеландия, Пакистан и Таиланд. Новое законодательство было также принято на основе Типового закона в Бейливике Гернси и на острове Мэн (зависимые территории Короны Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии) и на Островах Тёркс и Кайкос (заморская зависимая территория Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии);

g) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год). Новая правовая система, принявшая законодательство на основе Типового закона: Япония;

h) Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год). Новая правовая система, принявшая законодательство на основе Типового закона: Таиланд.

253. Комиссия с удовлетворением отметила сообщения ряда государств о том, что в настоящее время рассматриваются официальные акты по присоединению к различным конвенциям и принятию законодательства, основанного на различных типовых законах, подготовленных ЮНСИТРАЛ. В адрес государств, которые приняли или намереваются принять какой-либо типовой закон, подготовленный Комиссией, или рассматривают возможность принятия законодательного акта в отношении той или иной конвенции, подготовленной в результате работы Комиссии, была высказана просьба сообщать о подобных действиях Секретариату Комиссии. Было высказано мнение, что можно было бы также рассмотреть вопрос о представлении информации о мероприятиях, направленных на принятие законодательных актов на основе текстов ЮНСИТРАЛ или законодательства, основанного на каком-либо тексте ЮНСИТРАЛ. Государствам, которые приняли законодательство, основанное на типовых законах ЮНСИТРАЛ, было предложено представлять копии такого законодательства Секретариату ЮНСИТРАЛ для включения в библиотеку ЮНСИТРАЛ. В этой связи Комиссия была информирована о том, что Секретариат рассматривает возможность помещения на веб-сайте ЮНСИТРАЛ копий таких законов на языке подлинника или в переводе, даже неофициальном, если таковой имеется, на один или несколько официальных языков Организации Объединенных Наций. 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. В адрес государств была обращена просьба оказывать помощь в получении необходимых разрешений на опубликование законодательных актов на вебсайте ЮНСИТРАЛ в случаях, когда на конкретные тексты или базы данных по вопросам законодательства распространяется защита авторского права.

254. 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.

XV. РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ О РАБОТЕ КОМИССИИ И ПОСЛЕДУЮЩИЕ МЕРЫ В СВЯЗИ С УГЛУБЛЕННОЙ ОЦЕНКОЙ РАБОТЫ СЕКРЕТАРИАТА КОМИССИИ

A. Резолюции 57/17, 57/18 и 57/20

255. Комиссия с признательностью приняла к сведению резолюции Генеральной Ассамблеи 57/17 о докладе Комиссии о работе ее тридцать пятой сессии, 57/18 о Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре и 57/20 о расширении членского состава Комиссии, которые были приняты 19 ноября 2002 года.

B. Резолюция 57/19

256. Комиссия с признательностью приняла к сведению резолюцию 57/19 Генеральной Ассамблеи от 19 ноября 2002 года об усилении координации в области права международной торговли и укреплении Секретариата ЮНСИТРАЛ. В соответствии с пунктом 2 резолюции 57/19 Комиссия рассмотрела практические последствия методов работы, которые она приняла в 2001 году (см. главу XVIII, ниже).

257. Комиссия напомнила обсуждения, проведенные на ее тридцать пятой сессии в 2002 году[28], по вопросу об укреплении ее Секретариата. Комиссия была проинформирована о бюджетном предложении, сделанном в отношении Управления по правовым вопросам Секретариата на двухгодичный период 2004–2005 годов, и, более конкретно, в отношении подпрограммы 5 (Прогрессивное согласование и унификация права международной торговли) и раздела 8 (Правовые вопросы) предлагаемого бюджета по программам (A/58/6). Было отмечено, что Юрисконсульт при подготовке документа о бюджетных потребностях Управления по правовым вопросам на двухгодичный период 2004–2005 годов счел возможным увеличить уровень ресурсов для Секретариата ЮНСИТРАЛ в рамках имеющихся ресурсов Управления. В результате Генеральный секретарь по существу предлагает реорганизовать Сектор права международной торговли, расширить численный состав его сотрудников на трех юристов и одного сотрудника категории общего обслуживания и превратить его в отдел Управления по правовым вопросам. Отдел будет работать по двум основным направлениям, первое из которых будет связано в первую очередь с унифицированным законодательством, а в рамках второго первоочередное внимание будет уделяться координации и внешним связям.

258. В рамках первого основного направления деятельности будут по существу осуществляться функции, традиционно выполнявшиеся Секретариатом ЮНСИТРАЛ в отношении поддержки деятельности Комиссии и ее рабочих групп в законодательной области. Второе основное направление деятельности будет по существу связано с функцией координации и поддержанием внешних связей, как это предусматривается в резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1966 года, на основании которой была учреждена ЮНСИТРАЛ. Функции в рамках этого основного направления деятельности будут концентрироваться на координации работы международных организаций, проводящих деятельность в области права международной торговли; на технической помощи по законодательным вопросам, в особенности для развивающихся стран в целях содействия их участию в действующих конвенциях и применению типовых законодательных положений, подготовленных ЮНСИТРАЛ; и на распространении информации о современных юридических новшествах в области права международной торговли, включая прецедентное право. К государствам, предоставляющим техническую помощь развивающимся странам в области реформирования коммерческого права, был обращен призыв использовать документацию Комиссии и там, где это возможно, сотрудничать с ее Секретариатом и другими государствами-членами в этой работе.

259. Комиссия согласилась, что координационная функция, которая уже была важной в 1966 году, за последние годы приобрела первостепенное значение в результате роста числа организаций, как межправительственных, так и неправительственных, участвующих в подготовке правовых стандартов. Необходимо возобновить подготовку докладов о работе организаций, проводящих деятельность в области права международной торговли. Содействие применению унифицированных правовых стандартов должно осуществляться при намного более значительном вкладе Секретариата ЮНСИТРАЛ в оказание поддержки развивающимся странам, которым необходима помощь в технических вопросах модернизации их законодательства. Распространение информации требует значительных ресурсов для поддержания и актуализации баз данных ППТЮ и для подготовки кратких сборников прецедентного права по основным документам, являющимся результатом работы ЮНСИТРАЛ. Эта работа уже начата, однако в результате отсутствия надлежащих ресурсов она продвигается недостаточно быстрыми темпами для удовлетворения спроса. По оценкам, для удовлетворения минимальных потребностей в ресурсах по этому второму основному направлению деятельности необходимы в целом четыре сотрудника категории специалистов под руководством старшего сотрудника по правовым вопросам.

260. Комиссия отметила, что для вышеизложенного предложения необходимы благоприятные рекомендации со стороны как Пятого, так и Шестого комитетов Генеральной Ассамблеи. Комиссия настоятельно призвала свои государства-члены и Ассамблею предпринять все необходимые шаги для ускорения долгожданного увеличения ресурсов Секретариата Комиссии.

261. Высказав решительную поддержку предлагаемому созданию Отдела по праву международной торговли, Комиссия выразила свою особую признательность заместителю Генерального секретаря, Юрисконсульту, за его личное участие и его решающий вклад в процесс унификации, согласования и модернизации права международной торговли в интересах мира и стабильности во всем мире.

XVI. КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО

A. Международный институт по унификации частного права (МИУЧП)

262. Генеральный секретарь Международного института по унификации частного права (МИУЧП) сообщил о принятии в 2002 году Типового закона о раскрытии информации при франшизинге и проинформировал Комиссию о документах, завершенных или принятых со времени проведения тридцать пятой сессии Комиссии в 2002 году или обсуждаемых в МИУЧП в настоящее время.

---

[28] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 258–271.

263. Комиссия была проинформирована о двух совместных сессиях Совета управляющих МИУЧП и представителей правительств государств-членов ("сессиях по поиску творческих идей"), которые проводились с целью глубоко проанализировать методы среднесрочного и долгосрочного планирования деятельности МИУЧП. В этой связи Комиссия отметила высказанное в ходе этих сессий предложение создать совместный координационный механизм трех организаций, во всемирном масштабе занимающихся выработкой норм частного права, а именно ЮНСИТРАЛ, Гаагской конференции по международному частному праву и МИУЧП. Одним из методов координации может быть проведение раз в год секретариатами этих трех организаций совместного совещания, с тем чтобы обменяться информацией в отношении текущей и будущей работы и особенно попытаться скоординировать сроки проведения рабочих сессий и других совещаний, чтобы правительства имели возможность планировать свое участие в работе этих трех организаций на системной основе. Секретариатам также следовало бы, если это окажется возможным и целесообразным, выявить пути вовлечения в такое сотрудничество других региональных межправительственных и международных организаций, занимающихся разработкой норм частного и коммерческого права.

B. Региональные экономические комиссии Организации Объединенных Наций

264. Комиссия рассмотрела записку Генри М. Джоко-Смарта (Сьерра-Леоне), Председателя двадцать первой и тридцать пятой сессий Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, проведенных в 1988 и 2002 годах соответственно, в отношении возможного дублирования усилий Комиссии и региональных комиссий Экономического и Социального Совета, в частности Европейской экономической комиссии. Текст этой записки был следующим:

"1. В качестве Председателя двадцать первой (1988 год) и тридцать пятой (2002 год) сессий ЮНСИТРАЛ я предлагаю Комиссии рассмотреть на ее тридцать шестой сессии (2003 год) определенные моменты, которые могут увеличить опасность возможного дублирования усилий ЮНСИТРАЛ, с одной стороны, и региональных экономических комиссий, в частности Европейской экономической комиссии (ЕЭК) Организации Объединенных Наций, с другой стороны. Я хотел бы отметить, что различные бюджетные документы, опубликованные в связи с работой ЕЭК, вызывают ряд новых проблем, особенно в том, что касается риска дублирования усилий между подобными региональными организациями и таким универсальным органом, которым является ЮНСИТРАЛ.

2. Например, в предлагаемом бюджете по программам на двухгодичный период 2004–2005 годов[1] применительно к ЕЭК высказывается мнение, что "новый импульс получат усилия по обеспечению глобального характера некоторых соглашений и стандартов [подготовленных ЕЭК], в частности в области транспорта [и] содействия развитию процедур торговли"[2]. В документе упоминается о "более широких задачах, которые ставятся перед ЕЭК в плане организации глобальных конференций и мероприятий"[3]. Это позволяет сделать предположение, что направленность деятельности ЕЭК при содействии применению уже подготовленных этой Комиссией норм и стандартов, а также при разработке новых документов, в том числе юридических стандартов, все более приобретает глобальный характер.

3. Активизация деятельности ЕЭК применительно к нормам и стандартам, а также расширение политического диалога в отношении рамок регулирования вопросов, связанных с упрощением торговых процедур, представляют собой отрадное явление для стран, представленных в ЕЭК. В то же время я предложил бы государствам-членам высказаться относительно разумности поддержки нового импульса по глобализации работы ЕЭК с учетом того факта, что эта Комиссия является региональной организацией и не обладает универсальным членским составом, необходимым для подготовки глобальных документов. Как представитель страны, не представленной в Европейской экономической комиссии, я не могут скрыть своего удивления тому факту, что региональный орган пытается проводить деятельность по глобальной унификации права. Мои чувства, я полагаю, разделяют и делегаты из других регионов. Если цель ЕЭК состоит в более активном участии в работе глобальных органов и в оказании благотворного влияния на их деятельность путем привлечения внимания к региональному опыту и стандартам, то это вполне может принести пользу, при том что необходимы будут координация и контроль со стороны государств – членов ЕЭК и ЮНСИТРАЛ. Я отнюдь не предлагаю создавать какие-либо препоны для деятельности ЕЭК, а лишь призываю приложить усилия к тому, чтобы не допустить разноголосицы при выполнении Организацией Объединенных Наций своих функций на глобальном уровне.

4. Трудности в связи с координацией деятельности с ЕЭК возникают не впервые. Уже в 1995 году мы высказывали в рамках ЮНСИТРАЛ нашу общую обеспокоенность возможными последствиями документа (TRADE/WP.4/R.1104), опубликованного в ходе работы по созданию в рамках ЕЭК органа, который позднее стал известен как Центр по упрощению процедур торговли и электронному бизнесу (СЕФАКТ)[4]. В этом документе предлагается, чтобы Экономический и Социальный Совет признал [СЕФАКТ] в качестве "единого компетентного центра, действующего в интересах всей Организации Объединенных Наций" в области упрощения торговли (пункт 64). В предлагаемый круг ведения СЕФАКТ включается "[облегчение] международных сделок благодаря упрощению и согласованию процедур и информационных потоков, что будет способствовать расширению мировой торговли. При выполнении этой общей задачи Комитет, в частности: рассматривает и анализирует процедуры, требующиеся для выполнения международных сделок, имея в виду их сокращение, упрощение и согласование; […] вырабатывает рекомендации по правовым вопросам и устраняет правовые ограничения, препятствующие торговым сделкам с применением электронных средств и электронных процедур; координирует и в соответствующих случаях увязывает программу работы с другими международными организациями, такими как […] ЮНСИТРАЛ" (пункт 72). В рамках планируемой программы работы предлагаемого нового комитета "следующим вопросам должен быть отведен высокий приоритет: [...] разработка рекомендаций по решению правовых вопросов и устранение правовых ограничений на сделки с помощью электронных средств и на электронные процедуры" (пункт 96).

5. В тот момент мы подтвердили поддержку ЮНСИТРАЛ проводимой ЕЭК работе в технической области, особенно в том, что касается разработки формата сообщений ЭДИФАКТ. В то же время вывод, к которому пришла ЮНСИТРАЛ, заключался в том, что с учетом общего мандата Комиссии как ведущего органа системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли вышеупомянутые предложения ЕЭК являются неприемлемыми. В то время мы приняли решение о том, что этот вопрос должен быть доведен до сведения Генеральной Ассамблеи[5].

6. В результате Генеральная Ассамблея подтвердила мандат ЮНСИТРАЛ по координации правовой деятельности в этой области с целью избежания дублирования усилий и содействия эффективности, последовательности и взаимосвязанности в унификации и согласовании права международной торговли. Генеральная Ассамблея далее рекомендовала ЮНСИТРАЛ через ее Секретариат и впредь продолжать тесно сотрудничать с другими международными органами и организациями, в том числе с региональными организациями, активно действующими в области права международной торговли[6].

7. В резолюции 2205 (XXI) об учреждении ЮНСИТРАЛ Генеральная Ассамблея в качестве первой задачи в рамках возлагаемых на Комиссию комплексных функций по прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли предоставила ЮНСИТРАЛ мандат на координацию деятельности организаций, проводящих работу в этой области, и содействие сотрудничеству между ними[7].

8. После 1995 года ввиду увеличения числа тем, над которыми работает ЮНСИТРАЛ, необходимость в избежании дублирования усилий в рамках системы Организации Объединенных Наций стала еще более насущной. В прошлом году мы были проинформированы о том, что Управление служб внутреннего надзора (УСВН) по результатам проведенной им углубленной оценки работы по правовым вопросам[8] отметило эту критическую ситуацию, в частности в своей рекомендации 13, касающейся усиления координации работы ЮНСИТРАЛ с организациями, действующими в области торгового права, и рекомендации 15, касающейся расширения программы работы ЮНСИТРАЛ[9].

9. В заключение настоящей записки я хотел бы высказать предположение, что с учетом вышеописанных возможных трудностей в отношениях между ЮНСИТРАЛ и региональными организациями, проводящими работу в юридической области, несмотря на сохраняющуюся актуальность резолюции 50/47 Генеральной Ассамблеи, простого возобновления призыва к расширению сотрудничества между различными подразделениями Секретариата Организации Объединенных Наций может быть недостаточно. С моей точки зрения ЮНСИТРАЛ следует настоятельно призвать каждое государство-член и каждого наблюдателя обеспечить координацию между работой его делегации в рамках ЮНСИТРАЛ, с одной стороны, и деятельностью его делегации в соответствующей региональной комиссии, с другой стороны.

[1] A/58/6 (Sect. 20).

[2] Там же, пункт 20.6.

[3] Там же, пункт 20.16.

[4] СЕФАКТ провел свою первую сессию в 1997 году.

[5] Это обсуждение более подробно отражено в докладе Комиссии о работе ее двадцать восьмой сессии (1995 год), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, дополнение № 17* (A/50/17), пункты 310–313.

[6] Резолюция 50/47 Генеральной Ассамблеи.

[7] Резолюция 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи, раздел II, пункт 8.

[8] См. E/AC.51/2002/5.

[9] См. E/AC.51/2002/5, пункт 82".

265. Комиссия решительно поддержала замечания, содержащиеся в записке Председателя двадцать первой и тридцать пятой сессий, и одобрила его выводы. Было указано, что трудности, о которых идет речь в записке, т. е. потенциальное дублирование работы подлинно глобального органа, каким является Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, и работы регионального органа в системе Организации Объединенных Наций, который стремится действовать глобально, представляют собой повторяющуюся ситуацию, которой следует избегать, поскольку это может нанести ущерб репутации Организации Объединенных Наций и уменьшить эффективность ее деятельности в поддержку модернизации торгового права и, кроме того, может привести к неэффективному использованию и без того ограниченных ресурсов. Комиссия сочла, что этот вопрос следует дополнительно обсудить в соответствующих органах Генеральной Ассамблеи. Комиссия также настоятельно призвала каждое государство-член более тесно координировать работу своих делегаций в ЮНСИТРАЛ и в региональной комиссии своего региона.

XVII. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

A. Библиография

266. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению библиографию последних работ, касающихся ее деятельности (A/CN.9/538). Комиссия была проинформирована о том, что на веб-сайте ЮНСИТРАЛ (www.uncitral.org) на постоянной основе проводится обновление библиографии и что в настоящее время в режиме онлайн доступны сводные библиографические списки по каждой теме ЮНСИТРАЛ за период 1993–2003 годов. Комиссия подчеркнула важное значение наличия как можно более полной библиографии и в этих целях просила правительства, академические заведения, другие соответствующие организации и отдельных авторов направлять экземпляры таких публикаций в Секретариат.

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

267. Было отмечено, что Институт международного торгового права при юридическом факультете Университета Пейс в Уайт Плэйнс, Нью-Йорк, организовал десятое учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса в Вене с 11 по 17 апреля 2003 года. Как и в прошлые годы, Комиссия являлась соорганизатором этого мероприятия. Было отмечено, что правовые вопросы, которые рассматривались группами студентов, участвовавших в десятом учебном разбирательстве, основывались на Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, Арбитражном регламенте Германского института арбитража (ГИА), Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и Нью-Йоркской конвенции. Было отмечено, что в десятом учебном разбирательстве приняли участие около 128 групп, представляющих юридические факультеты 40 стран. Лучшей группой в устных прениях оказалась группа Национального университета юридических наук из

Калькутты, Индия. Комиссия отметила, что ее Секретариат также 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 одиннадцатое учебное международное торговое разбирательство памяти Виллема К. Виса планируется провести в Вене со 2 по 8 апреля 2004 года.

268. В связи с десятым учебным разбирательством Комиссия выразила признательность Эрику Э. Бергстену, бывшему Секретарю Комиссии, за успешную подготовку и руководство проведением этих ежегодных мероприятий с самого начала в 1993/1994 годах, а также Институту международного торгового права за их организацию.

C. Веб-сайт ЮНСИТРАЛ

269. Комиссия с удовлетворением отметила веб-сайт ЮНСИТРАЛ, который был сочтен важным компонентом общей программы информационных мероприятий Комиссии и подготовки кадров и технической помощи. Было отмечено, что веб-сайт ЮНСИТРАЛ могут ежедневно посещать самые различные пользователи, в том числе парламентарии, судьи, практические работники и ученые из всех стран мира. Было отмечено, что веб-сайт обеспечивает быстрый доступ делегатов к рабочим текстам на шести официальных языках Организации Объединенных Наций, что повышает прозрачность и облегчает работу Комиссии. Материалы, размещаемые на веб-сайте, включают принятые тексты, обновленные доклады о статусе конвенций и принятых текстов, судебные и арбитражные решения, содержащие толкование текстов ЮНСИТРАЛ (ППТЮ), и библиографии научных работ, касающихся работы Комиссии. Комиссия была проинформирована о новых усовершенствованиях в работе веб-сайта ЮНСИТРАЛ, в том числе о постоянном дополнительном включении подготовительных материалов к текстам ЮНСИТРАЛ, обеспечении доступа в режиме онлайн к томам *Ежегодника ЮНСИТРАЛ* за 1968–1995 года и внедрении нового поискового устройства по системе ППТЮ. Веб-сайт ЮНСИТРАЛ полностью доступен для использования на английском, испанском и французском языках. Предполагается, что к концу 2003 года будет обеспечена его полная доступность на русском языке. Были обсуждены возможные будущие нововведения, включая возможное обеспечение доступа в режиме онлайн к аудио- и видеозаписям лекций о работе ЮНСИТРАЛ, обеспечение доступности в режиме онлайн текстов *Ежегодника ЮНСИТРАЛ* на арабском и китайском языках и создание электронных ссылок на тексты, принятые во исполнение типовых законов на их подлинных языках, а также ссылок на переводы текстов ЮНСИТРАЛ на другие языки, например на немецкий и португальский.

XVIII. СРОКИ И МЕСТО ПРОВЕДЕНИЯ БУДУЩИХ СОВЕЩАНИЙ

A. Общее обсуждение вопроса о продолжительности сессий

270. В соответствии с пунктом 2 резолюции 57/19 Генеральной Ассамблеи от 19 ноября 2002 года об усилении координации в области права международной торговли и укреплении Секретариата Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (см. выше, пункты 256–261) Комиссия рассмотрела практическое применение своих методов работы, особенно в связи с одновременным увеличением числа ее рабочих групп с трех до шести и соответствующим сокращением продолжительности сессий рабочих групп с двух недель до одной.

271. Комиссия напомнила о том, что на протяжении многих лет ей отводилось четыре недели в год для проведения ее пленарных сессий и в общей сложности 12 недель конференционного обслуживания в год (шесть недель в Вене и шесть недель в Нью-Йорке) для проведения сессий ее рабочих групп. Указывалось также, что в течение последних двух лет Комиссия постепенно внедрила систему проведения однонедельных (пять рабочих дней) или двухнедельных сессий рабочих групп. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году[29] Комиссия сочла, что в целом методы ее работы доказали свою эффективность, из чего следует, что новая система проведения совещаний, введенная в 2001 году, оказалась полезной. Было выражено мнение, что недостаток, связанный с сокращением продолжительности сессий рабочих групп с девяти до пяти дней, перевешивается достоинствами новой системы, которые включают способность Комиссии заниматься более чем тремя вопросами (что является необходимым в связи с насущной потребностью модернизации законов, регулирующих коммерческую деятельность, во все большем количестве областей коммерческого права); экономию времени и сокращение расходов делегатов, участвующих в работе конкретной сессии; и то обстоятельство, что ряд членов делегаций государств-членов и наблюдателей в силу их напряженного графика работы могут присутствовать на сессии продолжительностью пять рабочих дней, но не могут присутствовать на двухнедельной сессии.

272. В то же время на своей нынешней сессии Комиссия отметила, что есть, в частности, две рабочие группы, которым в силу масштабности стоящих перед ними задач и необходимости ускорения их работы удобнее было бы проводить двухнедельные сессии без соответствующего переноса срока проведения сессий других рабочих групп, в повестке дня которых также имеются срочные вопросы. Как предполагается, такая ситуация будет существовать по крайней мере в течение 2004–2005 годов. Рабочими группами, которые нуждаются в увеличении продолжительности своих сессий, являются Рабочая группа III (Транспортное право) (которая смогла провести две двухнедельные сессии, поскольку ей удалось использовать конференционное время Рабочей группы I) и Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы). Отмечалось, что Рабочая группа III (Транспортное право) занимается подготовкой предварительного проекта документа по перевозке грузов, который является особенно объемным и сложным. Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) занимается подготовкой проекта руководства по обеспеченным сделкам, которое также является сложным документом и которое должно быть завершено к 2005 году, чтобы уложиться в сроки проведения работы других международных организаций.

273. Члены Комиссии высказались в поддержку увеличения продолжительности сессий Рабочей группы III и Рабочей группы VI. Выступавшие напомнили о том, что

[29] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 271.

при внедрении в 2001 году системы проведения шестью рабочими группами сессий продолжительностью в одну неделю Комиссия выразила понимание того, что новая система будет применяться гибко и что в зависимости от своих относительных приоритетов та или иная рабочая группа может посвятить всю двухнедельную сессию рассмотрению только одной темы, в то время как другие темы могли бы быть объединены для рассмотрения какой-либо рабочей группой в течение двухнедельного срока проведения заседаний[30]. В отношении тех 12 недель конференционного обслуживания, которые в настоящее время выделяются в общей сложности на сессии рабочих групп, Комиссии было предложено просить Комитет по конференциям выделить необходимые дополнительные ресурсы. Комиссия была проинформирована о практических последствиях этого предложения, в связи с которым требуется до четырех недель дополнительного конференционного обслуживания, что приведет к дополнительным расходам на обслуживание конференций (т. е. расходам на аренду залов заседаний, оплату услуг сотрудников по распространению документов и сотрудников по обслуживанию конференций, на звукозапись и технические услуги, а также на услуги устных переводчиков)[31].

274. Были высказаны возражения против изменения новой системы проведения заседаний всего лишь через два года после ее введения. Отмечалось, что такой отход от сложившейся практики можно рекомендовать только в исключительных обстоятельствах. Было выражено мнение, что рабочие группы, которые желают, чтобы Комиссия рассмотрела вопрос об увеличении объема выделенных им конференционных ресурсов, должны внести соответствующее предложение с указанием конкретных причин, по которым они просят о таком исключении. Один из делегатов заявил, что ни Рабочая группа III, ни Рабочая группа VI не привели достаточных объяснений того, почему для продолжения их работы необходимо увеличить объем конференционного обслуживания. Определенную поддержку получило мнение, что при обосновании увеличения объема конференционного обслуживания рабочая группа должна указывать конкретный срок выполнения поставленной перед ней задачи.

275. После обсуждения Комиссия приняла решение, что при рассмотрении возможности увеличения объема конференционного обслуживания, выделенного той или иной рабочей группе, следует руководствоваться соображениями гибкости. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что рабочие группы должны, как правило, проводить две однонедельные сессии в год. В рамках общего двенадцатинедельного объема конференционного обслуживания, выделенного для всех шести рабочих групп, дополнительное время может быть предоставлено той или иной рабочей группе, если другая рабочая группа не полностью использовала отведенное ей время. Однако любое запрашиваемое рабочими группами увеличение продолжительности сессий, которое приведет к превышению двенадцатинедельного объема конференционного обслуживания, должно рассматриваться Комиссией, при этом каждая рабочая группа должна провести соответствующее обоснование причин, по которым требуется изменить систему проведения совещаний. В отношении конкретного случая Рабочей группы III и Рабочей группы VI отмечалось, что до следующей сессии Комиссии имеются в наличии две недели конференционного времени, поскольку Рабочая группа I (Закупки) не будет проводить совещаний до второй половины 2004 года. Было принято решение предоставить эти две дополнительные недели Рабочей группе III для продолжения ее работы. Что касается возможности добавления одной или двух недель к установленной двенадцатинедельной норме для удовлетворения потребностей Рабочей группы VI, то было решено, что к рассмотрению этого вопроса можно будет вернуться на следующей сессии на основе обоснованной просьбы этой Рабочей группы, прежде чем ставить данный вопрос перед Комитетом по конференциям.

B. Тридцать седьмая сессия Комиссии

276. Комиссия утвердила проведение своей тридцать седьмой сессии в Нью-Йорке с 14 июня по 2 июля 2004 года. Было отмечено, что Комиссия не намерена полностью использовать все четыре недели конференционного обслуживания, отведенные ей в 2004 году. Продолжительность сессии может быть дополнительно сокращена, если это будет целесообразно исходя из тех проектов текстов, которые будут подготовлены различными рабочими группами.

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

277. Комиссия утвердила следующий график совещаний своих рабочих групп с учетом возможной отмены сессий рабочих групп по решению соответствующих рабочих групп, в случае если из-за нехватки необходимых ресурсов Секретариат будет не в состоянии обеспечить своевременное представление необходимой документации:

a) Рабочая группа I (Закупки). Проведение шестой сессии перенесено на вторую половину 2004 года; две недели сессий, первоначально предназначенных для Рабочей группы I, были переданы Комиссией Рабочей группе III (Транспортное право), с тем чтобы она могла провести две сессии продолжительностью по две недели каждая;

b) Рабочая группа II (Арбитраж) проведет свою тридцать девятую сессию в Вене с 10 по 14 ноября 2003 года непосредственно до начала сессии Рабочей группы IV и свою сороковую сессию в Нью-Йорке с 23 по 27 февраля 2004 года;

c) Рабочая группа III (Транспортное право) проведет свою двенадцатую сессию в Вене с 6 по 17 октября 2003 года и свою тринадцатую сессию в Нью-Йорке с 3 по 14 мая 2004 года;

d) Рабочая группа IV (Электронная торговля) проведет свою сорок вторую сессию в Вене с 17 по 21 ноября 2003 года непосредственно после завершения сессии Рабочей группы II и свою сорок третью сессию в Нью-Йорке с 15 по 19 марта 2004 года непосредственно до начала сессии Рабочей группы V;

e) Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности) проведет свою двадцать девятую сессию в Вене с 1 по 5 сентября 2003 года непосредственно до начала сессии Рабочей группы VI и свою тридцатую сессию в

---

[30] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункт 382. Весь ход обсуждения методов работы Комиссии во время этой сессии излагается в пунктах 376–384.

[31] Комиссия отметила, что общие расходы, связанные с продлением на одну дополнительную неделю сессии рабочей группы в год в Вене, составят 68 166 евро. Общие расходы, связанные с продлением на одну дополнительную неделю сессии рабочей группы в Нью-Йорке, составят 80 565 долл. США в 2004 году и 82 338 долл. США в 2005 году.

Нью-Йорке с 22 по 26 марта 2004 года непосредственно после завершения сессии Рабочей группы IV;

f) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) проведет свою четвертую сессию в Вене с 8 по 12 сентября 2003 года непосредственно после завершения сессии Рабочей группы V и свою пятую сессию в Нью-Йорке с 29 марта по 2 апреля 2004 года непосредственно после завершения сессии Рабочей группы V.

D. Сессии рабочих групп в период после проведения тридцать седьмой сессии Комиссии

278. Комиссия отметила, что достигнуты предварительные договоренности в отношении проведения совещаний рабочих групп в период после завершения работы ее тридцать седьмой сессии (эти договоренности подлежат утверждению Комиссией на ее тридцать седьмой сессии):

a) Рабочая группа I (Закупки) проведет свою шестую сессию в Вене с 11 по 15 октября 2004 года непосредственно до начала сессии Рабочей группы IV;

b) Рабочая группа II (Арбитраж) проведет свою сорок первую сессию в Вене с 13 по 17 сентября 2004 года;

c) Рабочая группа III (Транспортное право) проведет свою четырнадцатую сессию в Вене с 22 ноября по 3 декабря 2004 года (см. пункты 270–275);

d) Рабочая группа IV (Электронная торговля) проведет свою сорок четвертую сессию в Вене с 18 по 22 октября 2004 года непосредственно после завершения сессии Рабочей группы I;

e) Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности). Проведение тридцать первой сессии перенесено на 2005 год, что зависит от ее программы работы и подлежит утверждению Комиссией; одна неделя сессии, которую, как первоначально предполагалось, Рабочая группа V проведет во второй половине 2004 года, была в предварительном порядке передана Комиссией Рабочей группе III (Транспортное право), с тем чтобы последняя смогла провести двухнедельную сессию;

f) Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы) проведет свою шестую сессию в Вене с 30 августа по 3 сентября 2004 года.

ПРИЛОЖЕНИЕ I

Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

[Приложение I воспроизводится в части третьей, I настоящего *Ежегодника*]

ПРИЛОЖЕНИЕ II

Перечень документов, представленных Комиссии на ее тридцать шестой сессии

[Приложение II воспроизводится в части третьей, V настоящего *Ежегодника*]

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию о работе его пятидесятой сессии (TD/B/50/14 (Vol. I))

"D. Другие решения, принятые Советом

Прогрессивное развитие права международной торговли: тридцать шестой ежегодный доклад Комисии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (пункт 8 повестки дня)

3. На своем 950-м пленарном заседании во вторник,14 октября 2003 года, Совет принял к сведению доклад ЮНСИТРАЛ о работе ее тридцать шестой сессии (A/58/17).

C. Генеральная Ассамблея: доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии: доклад Шестого комитета (A/58/513)

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своем 2-м пленарном заседании 19 сентября 2003 года Генеральная Ассамблея по рекомендации Генерального комитета постановила включить в повестку дня своей пятьдесят восьмой сессии пункт, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии", и передать его Шестому комитету.

2. Шестой комитет рассматривал этот пункт на своих 2, 3 и 12-м заседаниях 6 и 21 октября 2003 года. Мнения представителей, выступивших в ходе рассмотрения Комитетом данного пункта, отражены в соответствующих кратких отчетах (A/C.6/58/SR.2, 3 и 12).

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 шестой сессии[1].

4. На 2-м заседании 6 октября Председатель Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее тридцать шестой сессии внес на рассмотрение доклад Комиссии о работе указанной сессии. На том же заседании с заявлением выступил Юрисконсульт (см. A/C.6/58/SR.2).

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ

A. Проект резолюции A/C.6/58/L.11

5. На 12-м заседании 21 октября представитель Австрии от имени Австрии, Австралии, Алжира, Армении, Афганистана, Болгарии, Бразилии, бывшей югославской Республики Македонии, Венгрии, Венесуэлы, Гватемалы, Германии, Греции, Дании, Демократической Республики Конго, Израиля, Индии, Ирландии, Исламской Республики Иран, Испании, Италии, Канады, Кипра, Китая, Колумбии, Коста-Рики, Литвы, Лихтенштейна, Мадагаскара, Малайзии, Мальты, Марокко, Мексики, Монголии, Новой Зеландии, Норвегии, Парагвая, Португалии, Российской Федерации, Румынии, Сербии и Черногории, Сингапура, Словакии, Словении, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Таиланда, Тринидада и Тобаго, Туниса, Турции, Украины, Филиппин, Финляндии, Хорватии, Чешской Республики, Чили, Швейцарии, Швеции, Южной Африки и Японии внес на рассмотрение проект резолюции, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии" (A/C.6/58/L.11).

6. На том же заседании Комитет принял проект резолюции A/C.6/58/L.11 без голосования (см. пункт 9, проект резолюции I).

B. Проект резолюции A/C.6/58/L.12

7. На 12-м заседании 21 октября Председатель Комитета внес на рассмотрение проект резолюции, озаглавленный "Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников" (A/C.6/58/L.12).

8. На том же заседании Комитет принял проект резолюции A/C.6/58/L.12 без голосования (см. пункт 9, проект резолюции II).

III. РЕКОМЕНДАЦИИ ШЕСТОГО КОМИТЕТА

9. Шестой комитет рекомендует Генеральной Ассамблее принять следующие проекты резолюций:

Проект резолюции I

Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой 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 унификация 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 шестой сессии[2],

будучи обеспокоена тем, 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,

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

[2] Там же.

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, как указано в резолюции 50/47 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1995 года,

принимая к сведению предложения Генерального секретаря, содержащиеся в предлагаемом бюджете по программам на двухгодичный период 2004–2005 годов и направленные на укрепление Секретариата Комиссии, в пределах имеющихся в Организации ресурсов, с тем чтобы он мог справляться с возросшей рабочей нагрузкой, связанной, в частности, с координацией работы с другими организациями и ростом спроса на техническую помощь по законодательным вопросам[3],

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

2. *с удовлетворением принимает к сведению* завершение и принятие Комиссией Типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников[4];

3. *выражает признательность* Комиссии за одобрение в принципе проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[5], разработанного в тесном сотрудничестве с другими международными организациями, включая Всемирный банк, Международную ассоциацию юристов и Международную федерацию специалистов по вопросам несостоятельности, и просит, чтобы проект руководства для законодательных органов был направлен для комментариев государствам-членам, соответствующим межправительственным и неправительственным организациям, а также частному сектору и региональным организациям и экспертам;

4. *выражает также признательность* Комиссии за прогресс, достигнутый в работе над проектом руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, типовыми законодательными положениями об обеспечительных мерах в международном коммерческом арбитраже и вопросами электронного заключения договоров и транспортного права;

5. *просит* Комиссию и ее Секретариат — исходя из ее роли как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли — взять на себя ведущую роль в обеспечении сотрудничества и координации со Всемирным банком, Международным валютным фондом, региональными экономическими комиссиями и другими международными организациями в работе над международно-правовыми документами и предложить надлежащие и широко признанные международные стандарты с должным учетом различий в целях Комиссии и международных финансовых учреждений;

6. *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) выражает признательность Комиссии за организацию семинаров и информационных миссий в Бангладеш, Ботсване, Буркина-Фасо, Вьетнаме, Казахстане, Кубе, Монголии, Новой Зеландии, Перу, Республике Корея, Российской Федерации, Сербии и Черногории и Таиланде;

b) 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;

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

7. *призывает* правительства, соответствующие органы системы Организации Объединенных Наций, организации, учреждения и отдельных лиц вносить добровольные 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;

8. *постановляет* в целях обеспечения всестороннего участия всех государств-членов в сессиях Комиссии и ее рабочих групп продолжить в компетентном Главном комитете в ходе пятьдесят восьмой 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;

9. *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;

10. *просит* Генерального секретаря с учетом сохраняющейся нагрузки на кадровые ресурсы Секретариата Комиссии, проистекающей, в частности, из необходимости координации между растущим числом международных организаций в области права международной торгов-

---

[3] A/58/6 (Sect.8), пункты 8.13 и 8.48.

[4] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), приложение I.

[5] Там же, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 197; см.также A/CN.9/534.

ли и растущего спроса на техническую помощь по законодательным вопросам, держать в поле зрения вопрос об объеме ресурсов, имеющихся в распоряжении Комиссии, с тем чтобы она могла выполнять свой мандат.

Проект резолюции II

Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

Генеральная Ассамблея,

учитывая роль партнерства между публичным и частным секторами в деле улучшения предоставления инфраструктурных и общедоступных услуг и эффективного управления ими в интересах устойчивого экономического и социального развития,

признавая необходимость создания благоприятной среды, которая способствовала бы частным инвестициям в инфраструктуру и учитывала задачи страны, представляющие публичный интерес,

подчеркивая важное значение эффективных и прозрачных процедур присуждения контрактов на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников,

подчеркивая желательность содействия осуществлению таких проектов с помощью правил, которые способствуют прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости и устраняют нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры,

напоминая о полезных рекомендациях, которые подготовила Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для государств-членов в отношении создания законодательной базы, благоприятствующей участию частного сектора в развитии инфраструктуры, в виде *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[6],

будучи убеждена в том, что Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, окажут дополнительную помощь государствам, особенно развивающимся странам, в содействии развитию благого управления и в создании соответствующей законодательной базы для таких проектов,

1. *выражает свою признательность* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за завершение и принятие Типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, текст которых содержится в приложении I к докладу Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии[7];

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать Типовые законодательные положения и приложить все усилия для обеспечения широкой известности и доступности Типовых законодательных положений наряду с *Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[5];

3. *просит также* Генерального секретаря, при условии наличия средств, объединить в надлежащее время текст Типовых законодательных положений и *Руководства для законодательных органов* в одной публикации и сохранить при этом рекомендации по законодательным вопросам, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*, как основу, на которой разрабатывались Типовые законодательные положения;

4. *рекомендует* всем государствам уделять должное внимание Типовым законодательным положениям и *Руководству для законодательных органов* при пересмотре или принятии законодательства, касающегося участия частного сектора в развитии и эксплуатации публичной инфраструктуры.

[6] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

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

D. Резолюции Генеральной Ассамблеи 58/75 и 58/76 от 9 декабря 2003 года

РЕЗОЛЮЦИИ, ПРИНЯТЫЕ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ

[*по докладу Шестого комитета (A/58/513)*]

58/75. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой 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 унификация 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 шестой сессии[1],

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

будучи обеспокоена тем, 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, как указано в резолюции 50/47 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1995 года,

принимая к сведению предложения Генерального секретаря, содержащиеся в предлагаемом бюджете по программам на двухгодичный период 2004–2005 годов и направленные на укрепление Секретариата Комиссии, в пределах имеющихся в Организации ресурсов, с тем чтобы он мог справляться с возросшей рабочей нагрузкой, связанной, в частности, с координацией работы с другими организациями и ростом спроса на техническую помощь по законодательным вопросам[2],

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

2. *с удовлетворением принимает к сведению* завершение и принятие Комиссией Типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников[3];

3. *выражает признательность* Комиссии за одобрение в принципе проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[4], разработанного в тесном сотрудничестве с другими международными организациями, включая Всемирный банк, Международную ассоциацию юристов и Международную федерацию специалистов по вопросам несостоятельности, и просит, чтобы проект руководства для законодательных органов был направлен для комментариев государствам-членам, соответствующим межправительственным и неправительственным организациям, а также частному сектору и региональным организациям и экспертам;

4. *выражает также признательность* Комиссии за прогресс, достигнутый в работе над проектом руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, типовыми законодательными положениями об обеспечительных мерах в международном коммерческом арбитраже и вопросами электронного заключения договоров и транспортного права;

5. *просит* Комиссию и ее Секретариат – исходя из ее роли как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли – взять на себя ведущую роль в обеспечении сотрудничества и координации со Всемирным банком, Международным валютным фондом, региональными экономическими комиссиями и другими международными организациями в работе над международно-правовыми документами и предложить надлежащие и широко признанные международные стандарты с должным учетом различий в целях Комиссии и международных финансовых учреждений;

6. *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) выражает признательность Комиссии за организацию семинаров и информационных миссий в Бангладеш, Ботсване, Буркина-Фасо, Вьетнаме, Казахстане, Кубе, Монголии, Новой Зеландии, Перу, Республике Корея, Российской Федерации, Сербии и Черногории и Таиланде;

b) 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;

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

7. *призывает* правительства, соответствующие органы системы Организации Объединенных Наций, организации, учреждения и отдельных лиц вносить добровольные 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;

8. *постановляет* в целях обеспечения всестороннего участия всех государств-членов в сессиях Комиссии и ее рабочих групп продолжить в компетентном Главном комитете в ходе пятьдесят восьмой 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;

9. *подчеркивает* важное значение обеспечения вступления в силу конвенций, являющихся результатом деятельности Комиссии, для глобальной унификации и согласования права международной торговли и с этой целью

---

[2] A/58/6 (Sect.8), пункты 8.13 и 8.48.

[3] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17* (A/58/17), приложение I.

[4] Там же, *Дополнение № 17* (A/58/17), пункт 197; см. также A/CN.9/534.

настоятельно призывает государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о подписании и ратификации этих конвенций или присоединении к ним;

10. *просит* Генерального секретаря с учетом сохраняющейся нагрузки на кадровые ресурсы Секретариата Комиссии, проистекающей, в частности, из необходимости координации между растущим числом международных организаций в области права международной торговли и растущего спроса на техническую помощь по законодательным вопросам, держать в поле зрения вопрос об объеме ресурсов, имеющихся в распоряжении Комиссии, с тем чтобы она могла выполнять свой мандат.

72-е пленарное заседание,
9 декабря 2003 года

58/76. Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

Генеральная Ассамблея,

учитывая роль партнерства между публичным и частным секторами в деле улучшения предоставления инфраструктурных и общедоступных услуг и эффективного управления ими в интересах устойчивого экономического и социального развития,

признавая необходимость создания благоприятной среды, которая способствовала бы частным инвестициям в инфраструктуру и учитывала задачи страны, представляющие публичный интерес,

подчеркивая важное значение эффективных и прозрачных процедур присуждения контрактов на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников,

подчеркивая желательность содействия осуществлению таких проектов с помощью правил, которые способствуют прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости и устраняют нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры,

напоминая о полезных рекомендациях, которые подготовила Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для государств-членов в отношении создания законодательной базы, благоприятствующей участию частного сектора в развитии инфраструктуры, в виде *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[5],

будучи убеждена в том, что Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, окажут дополнительную помощь государствам, особенно развивающимся странам, в содействии развитию благого управления и в создании соответствующей законодательной базы для таких проектов,

1. *выражает свою признательность* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за завершение и принятие Типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, текст которых содержится в приложении I к докладу Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать шестой сессии[6];

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать Типовые законодательные положения и приложить все усилия для обеспечения широкой известности и доступности Типовых законодательных положений наряду с *Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[5];

3. *просит также* Генерального секретаря, при условии наличия средств, объединить в надлежащее время текст Типовых законодательных положений и *Руководства* в одной публикации и сохранить при этом рекомендации по законодательным вопросам, содержащиеся в *Руководстве*, как основу, на которой разрабатывались Типовые законодательные положения;

4. *рекомендует* всем государствам уделять должное внимание Типовым законодательным положениям и *Руководству* при пересмотре или принятии законодательства, касающегося участия частного сектора в развитии и эксплуатации публичной инфраструктуры.

72-е пленарное заседание,
9 декабря 2003 года

---

[5] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

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

Часть вторая

ИССЛЕДОВАНИЯ И ДОКЛАДЫ ПО КОНКРЕТНЫМ ТЕМАМ

I. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

A. Доклад Рабочей группы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, о работе ее пятой сессии (Вена, 9–13 сентября 2002 года) (A/CN.9/521) [Подлинный текст на английском языке]

Содержание

		Пункты	*Стр.*
I.	ВВЕДЕНИЕ	1	51
II.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	2–7	52
III.	ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	8–9	52
IV.	ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПРОЕКТАМ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ О ПРОЕКТАХ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫХ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	10–21	52
	A. Введение	10–17	52
	B. Взаимосвязь между проектами типовых законодательных положений и *Руководством для законодательных органов*	18–21	53
V.	РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ	22–140	54
	I. Общие положения	26–40	54
	II. Выбор концессионера	41–140	56
	1. Предварительный отбор участников процедур	44–62	57
	2. Процедура запроса предложений	63–97	59
	3. Заключение концессионных соглашений без проведения конкурентных процедур	98–109	64
	4. Незапрошенные предложения	110–125	65
	5. Разные положения	126–140	67
	III. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры	141–204	68
	IV. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора	205–230	75
	1. Срок действия и продление концессионного договора	205–209	75
	2. Прекращение концессионного договора	210–224	76
	3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения	225–230	77
	V. Урегулирование споров	231–243	77
Приложение.	Проект типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников		78

I. ВВЕДЕНИЕ

1. В настоящем докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) рассматривается ход работы пятой сессии Рабочей группы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (ранее именовавшейся Рабочей группой по временным пределам и исковой давности (погасительным срокам) в международной купле-продаже товаров).

II. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ

2. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою пятую сессию 9–13 сентября 2002 года в Вене. На сессии присутствовали представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Аргентины, Бразилии, Венгрии, Германии, Гондураса, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Камеруна, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Мексики, Российской Федерации, Руанды, Румынии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Франции, Швеции и Японии.

3. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Алжира, Антигуа и Барбуды, Йемена, Ливийской Арабской Джамахирии, Перу, Польши, Республики Корея, Словакии, Турции, Украины, Филиппин и Чешской Республики.

4. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: Организации Объединенных Наций по промышленному развитию, Центра международных исследований в области права, Европейской ассоциации студентов-юристов, Европейского союза юристов.

5. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: Туре ВИВЕН-НИЛЬССОН (Швеция)

Докладчик: Али ХАДЖИГХОЛАМ САРИЯЗДИ (Исламская Республика Иран)

6. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.I/WP.28); записка Секретариата с изложением вопросов, касающихся формулировки типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (A/CN.9/WG.I/WP.29), и две дополнительные записки, содержащие свод проектов типовых законодательных положений, подготовленные Секретариатом в консультации с внешними экспертами (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 и 2); а также Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.

7. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии.
2. Выборы должностных лиц.
3. Утверждение повестки дня.
4. Рассмотрение проектов типовых законодательных положений.
5. Прочие вопросы.
6. Утверждение доклада.

III. ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

8. На своей пятой сессии Рабочая группа продолжила разработку ключевых типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, в соответствии с решением тридцать четвертой сессии Комиссии (Вена, 25 июня – 13 июля 2001 года)[1]. В качестве основы для обсуждения Рабочая группа использовала упомянутые в пункте 6 записки (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 и 2).

9. Рабочая группа рассмотрела проекты типовых законодательных положений и одобрила их вариант, изложенный в приложении к настоящему докладу. К Секретариату была обращена просьба распространить проекты типовых законодательных положений среди государств в целях получения от них замечаний и представить проекты типовых законодательных положений вместе с полученными от государств замечаниями на рассмотрение и утверждение Комиссии на ее тридцать шестой сессии (Вена, 30 июня – 18 июля 2003 года).

IV. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПРОЕКТАМ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ О ПРОЕКТАХ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫХ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

A. Введение

10. На своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 12 июня – 7 июля 2000 года) Комиссия приняла *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, содержащее рекомендации по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.9), с изменениями, принятыми Комиссией на этой сессии, и комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.1-8), разработку которых Секретариату было поручено завершить с учетом состоявшихся в Комиссии обсуждений[2]. Впоследствии *Руководство для законодательных органов* было опубликовано на всех официальных языках.

11. На этой же сессии Комиссия рассмотрела также предложение в отношении будущей работы в этой области. Было высказано предположение о том, что, хотя *Руководство для законодательных органов* может оказаться полезным справочным документом для законодателей различных стран при разработке правовых основ, благоприятствующих частным инвестициям в публичную инфраструктуру, было бы тем не менее желательно, чтобы Комиссия разработала более конкретное руководство в форме типовых законодательных положений или даже в форме типового закона, регулирующего конкретные вопросы[3].

12. Рассмотрев это предложение, Комиссия решила, что вопрос о желательности и практической возможности подготовки типового закона или типовых законодательных положений по отдельным темам, охватываемым *Руководством для законодательных органов,* должен быть рассмотрен Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. В целях содействия принятию Комиссией взвешенного решения по этому вопросу Секретариату было предложено организовать в сотрудничестве с другими заинтересованными международными организациями и международными финансовыми учреждениями коллоквиум для распространения информации о *Руководстве для законодательных органов*[4].

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 369.

[2] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 195–368.

[3] Там же, пункт 375.

[4] Там же, пункт 379.

13. Коллоквиум по теме "Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников: правовые основы и техническая помощь" был организован при участии и организационной помощи со стороны Консультативного комитета по объектам инфраструктуры, находящимся в публичной/частной собственности, являющегося междонорской организацией по предоставлению технической помощи, направленной на оказание развивающимся странам содействия в повышении качества их инфраструктуры посредством привлечения частного сектора. Коллоквиум был проведен 2–4 июля 2001 года в Вене во время второй недели работы тридцать четвертой сессии Комиссии.

14. На своей тридцать четвертой сессии Комиссия с удовлетворением приняла к сведению результаты Коллоквиума, которые были обобщены в записке Секретариата (A/CN.9/488). Комиссия выразила признательность Консультативному комитету по объектам инфраструктуры, находящимся в публичной/частной собственности, за финансовую и организационную поддержку, а также различным представленным правительственным и неправительственным международным организациям и участникам, выступившим на Коллоквиуме.

15. Различные мнения по вопросу о желательности и практической возможности дальнейшей работы Комиссии в области объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, нашли свое отражение в докладе Комиссии о работе ее тридцать четвертой сессии[5]. Комиссия согласилась с тем, что задачу составления основных типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, следует поручить рабочей группе. Комиссия пришла к мнению, что для выполнения в разумный срок дальнейшей работы необходимо выделить определенную конкретную область из числа многочисленных вопросов, рассматриваемых в *Руководстве для законодательных органов*. Соответственно было достигнуто согласие в отношении того, что первая сессия такой рабочей группы должна быть посвящена определению конкретных вопросов, по которым могут быть сформулированы типовые законодательные положения, которые, возможно, станут добавлением к *Руководству для законодательных органов*[6].

16. Рабочая группа провела свою четвертую сессию в Вене с 24 по 28 сентября 2001 года. В распоряжении Рабочей группы имелось *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*. Рабочая группа решила использовать законодательные рекомендации, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов,* в качестве основы для своих обсуждений. Рабочей группе также был представлен доклад о Коллоквиуме, упомянутый в пункте 6 (A/CN.9/488).

17. В соответствии с внесенным на Коллоквиуме (см. A/CN.9/488, пункт 19) предложением Рабочей группе было предложено сосредоточить свое внимание на конкретном этапе осуществления проектов в области инфраструктуры, а именно на выборе концессионера, с целью формулировки конкретных редакционных предложений по законодательным положениям. Тем не менее Рабочая группа сочла желательной подготовку типовых законодательных положений по целому ряду других вопросов (см. A/CN.9/505, пункты 18–174). Рабочая группа просила Секретариат подготовить проекты типовых законодательных положений, касающиеся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, на основе состоявшихся обсуждений и принятых решений в целях представления их для рассмотрения и дальнейшего обсуждения Рабочей группе на ее пятой сессии. Проекты типовых положений содержатся в записках Секретариата, которые были рассмотрены Рабочей группой на ее пятой сессии.

B. Взаимосвязь между проектами типовых законодательных положений и *Руководством для законодательных органов*

18. На своей пятой сессии Рабочая группа подробно обсудила взаимосвязь между проектами типовых положений и *Руководством для законодательных органов*. Было достигнуто общее мнение, что проекты типовых положений не отступают от программных соображений и принципов, лежащих в основе *Руководства для законодательных органов*, а скорее развивают их. Проекты типовых положений не предназначены для полной замены *Руководства для законодательных органов*, а должны толковаться и применяться в свете и с учетом пояснительных замечаний, содержащихся в *Руководстве*.

19. Рабочая группа перешла к рассмотрению особой взаимосвязи между проектами типовых положений и рекомендациями по законодательным вопросам, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов.* В этой связи Рабочая группа отметила, что проекты типовых положений охватывают большинство вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях. Однако Рабочая группа также признала наличие вопросов, которые затрагиваются в некоторых законодательных рекомендациях, но которые не рассматриваются ни в одном из проектов законодательных положений, как, в частности, обстоит дело с рекомендациями 1 и 5–13. Уже только этот факт исключает возможность полной замены законодательных рекомендаций проектами типовых положений.

20. Затем Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, не следует ли сохранить проекты типовых положений и законодательные рекомендации как два взаимосвязанных, но самостоятельных текста или же их надлежит объединить в единый текст, содержащий все проекты законодательных положений и те законодательные рекомендации, по которым не были разработаны типовые положения.

21. Несмотря на высказывавшиеся мнения в поддержку сохранения законодательных рекомендаций и проектов типовых положений в качестве самостоятельных текстов, поскольку это позволяло бы более четко отразить этапы работы Комиссии по этой теме, общее предпочтение было отдано точке зрения о целесообразности изучения возможности их объединения для удобства пользователей. Секретариату было предложено внимательно рассмотреть проекты типовых положений и законодательные рекомендации в целях выявления тех законодательных рекомендаций, которые касаются вопросов, не охватываемых проектами типовых положений. Такие законодательные рекомендации затем следует изложить в отдельном разделе того же текста, что и проекты типовых положений, чтобы Комиссия могла принять обоснованное решение по данному вопросу. Рабочая группа рекомендовала Комиссии рассмотреть вопрос о том, должны ли проекты типовых

[5] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 366–369.

[6] Там же, пункт 369.

положений после их принятия заменять те законодательные рекомендации, в которых рассматривались аналогичные вопросы. Рабочая группа согласилась рекомендовать Комиссии, при условии наличия бюджетных средств на издание документов, объединить типовые положения, как можно скорее после их принятия Комиссией, с *Руководством для законодательных органов* в едином издании. Однако, чтобы не задерживать их распространение и во избежание нерационального использования существующих экземпляров *Руководства для законодательных органов*, было высказано мнение, что проекты типовых положений пока могут быть выпущены в качестве отдельного издания, которое должно содержать соответствующее указание на его взаимосвязь с *Руководством*.

V. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

Предисловие

22. Был рассмотрен следующий текст предисловия:

"Нижеследующие типовые законодательные положения (далее в тексте –"Типовые положения") были подготовлены Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в качестве дополнения к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (далее в тексте – "Руководство для законодательных органов"), которое было принято Комиссией в 2000 году. Цель типовых положений – оказать дальнейшую помощь национальным законодательным органам в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Пользователям рекомендуется читать типовые положения вместе с содержащимися в Руководстве для законодательных органов рекомендациями по законодательным вопросам и комментариями, в которых приводятся аналитические разъяснения финансовых, регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области.

Типовые положения состоят из свода ключевых положений по вопросам, которые заслуживают внимания с точки зрения урегулирования в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Хотя большинство типовых положений связаны с конкретными законодательными рекомендациями, содержащимися в Руководстве для законодательных органов, они не охватывают всего круга вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях. В частности, никаких специальных типовых положений не было подготовлено по административным или институциональным вопросам, как они, например, рассматриваются в законодательных рекомендациях 1 и 5–13.

Предполагается, что типовые положения будут приниматься и дополняться с помощью правил, предусматривающих более подробное регулирование. Те области, в которых регулирование более уместно с помощью не законодательных, а иных нормативных актов, указываются соответствующим образом. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.

Следует отметить, что типовые положения не затрагивают другие области права, которые также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, но по которым в Руководстве для законодательных органов не приводится каких-либо специальных законодательных рекомендаций. К таким другим областям правового регулирования относятся, например, содействие инвестированию и защита инвестиций, право собственности, обеспечительные интересы, правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности, правила по правительственным контрактам, а также административное право, налоговое право, защита окружающей среды и законодательство о защите потребителей.

Для простоты использования типовые положения разбиты на разделы и снабжены заголовками, которые в максимальной степени приближены к названиям соответствующих разделов и законодательных рекомендаций в Руководстве для законодательных органов. Однако в целях обеспечения последовательности изложения применительно ко всем типовым положениям некоторые заголовки и названия были добавлены, а некоторые первоначальные заголовки и названия были изменены, с тем чтобы отразить содержание типовых положений, к которым они относятся".

23. Рабочая группа согласилась заменить слова "технические специальные знания и опыт" словами "технические, юридические и финансовые знания и опыт" в последнем предложении третьего пункта и добавить слова "общие нормы правового регулирования договоров" перед словами "правила по правительственным контрактам" в конце четвертого пункта.

24. Рабочая группа также отметила, что те части предисловия, в которых говорится о взаимосвязи между проектами типовых положений и законодательными рекомендациями, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*, потребуется, возможно, изменить для учета окончательного решения Комиссии по этому вопросу.

25. С учетом этих изменений Рабочая группа утвердила содержание предисловия и передала его на рассмотрение редакционной группы.

I. Общие положения

Типовое положение 1. Преамбула

26. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

Вариант A

"[Правительство] [Парламент] … считая желательным установить законодательные основы для содействия частным инвестициям в развитие инфраструктуры и облегчения таких инвестиций,

принимает следующий закон:"

Вариант B

"[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить законодательные основы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры;

[*другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство*],

принимает следующий закон:".

27. Было указано, что на своей четвертой сессии Рабочая группа подтвердила, что оба положения, содержащиеся в рекомендации 1 *Руководства для законодательных органов*, носят общий характер и как таковые не годятся для переложения на язык законодательных формулировок. Однако Рабочая группа согласилась с тем, что содержание этой рекомендации вполне можно было бы сохранить в качестве напоминания о широких целях, которые должны преследоваться в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, возможно, в преамбуле или в пояснительных примечаниях к типовым законодательным положениям, разработку которых Рабочая группа может посчитать целесообразной (A/CN.9/505, пункт 91).

28. Было указано, что в варианте A отражено только существо законодательной рекомендации 1. Вариант B является более подробным и включает пункт преамбулы, который отражает существо законодательной рекомендации 14, которую Рабочая группа также сочла целесообразным сформулировать в виде законодательного положения.

29. Была выражена широкая поддержка сохранению только варианта B. Этот вариант не только является более полным, но также позволяет принимающим государствам включить дополнительные цели, которые они могут счесть целесообразными.

30. В отношении формулировки преамбулы было решено включить перед словом "framework" слово "legislative" в тексте на английском языке, а также добавить перед словами "осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников" слова "стимулирование и поддержки". С учетом этих добавлений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 2. Определения

31. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Для целей настоящего закона:

a) "*объект инфраструктуры*" означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно предоставляют услуги населению;

b) "*проект в области инфраструктуры*" означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры;

c) "*организация-заказчик*" означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные соглашения для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][1];

d) "*концессионер*" означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному соглашению, заключенному с организацией-заказчиком;

e) "*концессионное соглашение*" означает юридически обязательный контракт или контракты, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры;

f) "*участник процедур*" и "*участники процедур*" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с выдачей подрядов на проекты в области инфраструктуры[2];

g) "*незапрошенное предложение*" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора;

h) "*регулирующее учреждение*" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[3].

[1] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концессионные соглашения. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

[2] Термины "участник процедур" или "участники процедур" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[3] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53)".

32. Рабочая группа отметила, что, если не указано иное, все определения, включенные в проекты типовых положений, взяты из *Руководства для законодательных органов* или основаны на нем (см., в частности, в *Руководстве для законодательных органов*, "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 9–20).

Организация-заказчик

33. Было указано, что в предлагаемом определении понятие "организация-заказчик" увязывается с "концессионным соглашением", с тем чтобы избежать возникновения проблемы, связанной со ссылкой на организацию, которая

несет фактическую ответственность за осуществление проекта в области инфраструктуры.

Концессионное соглашение

34. Рабочая группа отметила, что ввиду сложности разработки определения понятия "концессия", которое оказалось бы приемлемым для различных правовых систем, Секретариат предложил объединить понятия "проектное соглашение" и "концессия" в рамках одного определения. Использование слов "концессионное соглашение" вместо аналогичного понятия "проектное соглашение", которое используется в *Руководстве для законодательных органов*, как отмечалось, будет способствовать включению проектов типовых положений во внутренние законодательные системы, поскольку термин "концессионное соглашение", который ранее более широко использовался только в системах гражданского права, в настоящее время все шире используется также в системах общего права.

35. Исходя из этого, Рабочая группа решила, что таким словам, как "концессионное соглашение" или "концессионный договор", следует отдать предпочтение по сравнению с термином "проектное соглашение". Из имеющихся вариантов предпочтение было в конечном счете отдано формулировке "концессионный договор", поскольку она уже используется во многих правовых системах и позволяет избежать некоторой неясности, присущей слову "соглашение", которое, по мнению некоторых делегаций, целесообразнее использовать в публично-правовом контексте.

36. Было высказано мнение, что формулировка "юридически обязательный" является излишней, поскольку в целом предполагается, что контракт практически во всех случаях будет юридически обязательным. В ответ на это замечание было указано, что в некоторых правовых системах публичная организация, заключающая концессионный договор, уполномочена в одностороннем порядке изменять его условия. Определенное ограничение могло бы оказаться полезным для того, чтобы подчеркнуть, что концессионный договор является юридически обязательным для обеих сторон. Рабочая группа согласилась с этим предложением, одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы. Рабочая группа просила Секретариат пересмотреть весь текст типовых законодательных положений, с тем чтобы обеспечить внесение соответствующих изменений также и в другие положения.

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные соглашения

37. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Полномочиями заключать концессионные соглашения в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции обладают следующие публичные органы[4]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы принимающей страны, которые могут заключать концессионные соглашения, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][5].

[4] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо особых форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[5] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные соглашения, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие соглашения, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании".

38. Было отмечено, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 2. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

39. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Концессионные соглашения могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][6].

[6] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании".

40. Было указано, что в этом проекте типового положения отражена рекомендация 4. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

II. Выбор концессионера

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

41. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Выдача подрядов на проекты в области инфраструктуры осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–26*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры заключения правительственных контрактов*][7].

[7] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для заключения правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года (далее в тексте – "Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Типовые положения исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для заключения правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это относится, например, к следующим вопросам: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение и процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к положениям Типового закона о закупках, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемые практические элементы процедур отбора".

42. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражены принципы, лежащие в основе законодательной рекомендации 14, и что сопроводительная сноска предназначена для того, чтобы указать на тесную взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими нормами законодательства принимающего государства, касающимися правительственных закупок.

43. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

1. Предварительный отбор участников процедур

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

44. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик [может проводить] [проводит] процедуры предварительного отбора с целью выявления участников процедур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры.

2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*].

3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][8], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация:

a) описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать;

b) указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей или сборов с пользователей или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий);

c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного соглашения, которое должно быть заключено;

d) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок; и

e) способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора.

4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][9], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация:

a) критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*];

b) намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*];

c) намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[10] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников;

d) намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 29*].

5. Процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][11].

[8] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

[9] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[10] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется огра-

ничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску 13.

[11] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в статье 7 Типового закона о закупках, пункты 2–7".

45. Было указано, что, хотя не существует какой-либо конкретной рекомендации, отражающей содержание пункта 1 проекта типового положения 6, это положение необходимо для дополнения остальных положений о предварительном отборе, с тем чтобы разъяснить цель этой процедуры и предусмотреть базовые нормы, регулирующие ее проведение. Рабочая группа отметила, что этот проект типового положения основан на пункте 1 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (далее в тексте – "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках").

46. Рабочая группа отметила, что пункт 3 содержит ряд дополнительных элементов, которые взяты из пункта 36 главы III *Руководства для законодательных органов*, и что элементы, упомянутые в пункте 4, были включены для обеспечения прозрачности в отношении важной информации, упоминаемой в типовых положениях 7–9 и 29.

47. В отношении пункта 1 Рабочая группа решила исключить слова "может проводить" и квадратные скобки, в которые заключено слово "проводит", с тем чтобы указать на обязательный характер этого положения.

48. Было предложено разъяснить в пункте 5, что общие нормы принимающего государства, касающиеся предварительного отбора участников процедур, применяются только в той степени, в какой соответствующие вопросы не урегулированы в пунктах 1–4 проекта типового положения. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

49. С учетом упомянутых изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

50. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"С тем чтобы выполнить условия для участия в процедурах отбора, заинтересованные участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют объективно оправданным критериям[12], которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующим конкретным процедурам, как они указаны в документации для предварительного отбора. Эти критерии включают как минимум следующее:

a) надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, включая проектно-конструкторские, строительные и эксплуатационные работы, а также работы по материально-техническому обслуживанию;

b) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения его финансовых потребностей;

c) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутацию и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации аналогичных объектов инфраструктуры.

[12] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность представления определенного преференциального режима для национальных предприятий или же специального режима для участников процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Различные вопросы, связанные с национальными преференциями, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 43 и 44). В *Руководстве для законодательных органов* высказывается мнение, что страны, которые пожелают обеспечить определенные стимулы для национальных поставщиков, могут применять подобные преференции в форме специальных критериев оценки, а не в форме прямого исключения иностранных поставщиков. В любом случае, если предусматриваются национальные преференции, то о них следует объявлять заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе".

51. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 15.

52. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

53. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам.

2. Если иное [не разрешено [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[13]. Нарушение этого правила должно приводить к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.

3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик учитывает индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

[13] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний".

54. Рабочая группа отметила, что в пункте 1 проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 16, а в пункте 2 по существу подтверждается ограничительный подход, который применяется Комиссией в *Руководстве для законодательных органов* и в соответствии с которым каждый член консорциума, прошедшего квалификационный отбор, может участвовать, прямо или через дочерние компании, в подготовке только одной заявки на соответствующий проект. Тем не менее было указано, что содержащаяся в пункте 2 ссылка на возможность исключений предназначена для обеспечения более гибкого характера этого правила, поскольку в некоторых случаях проект не может быть осуществлен без привлечения определенной компании ввиду ее особого опыта.

55. Рабочая группа отметила, что пункты 1 и 2 были включены, с тем чтобы отразить рекомендацию, содержащуюся в пункте 40 главы III "Выбор концессионера" *Руководства для законодательных органов*.

56. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

57. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик принимает решение в отношении квалификационных данных каждого участника процедур, представившего заявку на предварительный отбор. При принятии этого решения организация-заказчик применяет только те критерии, которые изложены в документации для предварительного отбора. Затем всем прошедшим предварительный отбор участникам процедур организация-заказчик направляет приглашение представить предложения в соответствии с [*типовыми положениями 10–16*].

2. Независимо от пункта 1 организация-заказчик может, при условии, что она сделала с этой целью соответствующее заявление в документации для предварительного отбора, сохранить за собой право запросить, после завершения процедур предварительного отбора, предложения только у ограниченного числа[14] участников процедур, которые наилучшим образом удовлетворяют критериям предварительного отбора. С этой целью организация-заказчик выставляет оценки участникам процедур, удовлетворяющим критериям предварительного отбора, на основе критериев, примененных для оценки их квалификационных данных, и составляет [краткий] [окончательный] список участников процедур, которые по завершении процедур предварительного отбора будут приглашены представить предложения. При составлении этого списка организация-заказчик применяет только ту систему оценок, которая была изложена в документации для предварительного отбора.

3. Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса.

[14] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). В *Руководстве для законодательных органов* рассматривается способ обеспечения такого количества участников процедур при помощи систем оценок (в особенности систем количественных оценок) (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 48). Следует отметить, что системы оценок используются исключительно для цели предварительного отбора участников процедур. Оценки участников процедур, прошедших предварительный отбор, не должны учитываться на этапе оценки предложений (см. типовое положение 15), на котором исходное положение всех участников процедур, прошедших предварительный отбор, должно быть равным".

58. Было указано, что, хотя не существует конкретной законодательной рекомендации, отражающей содержание пункта 1 проекта типового положения, это положение было сочтено необходимым для разъяснения порядка принятия решения о квалификационных данных участников процедур. Рабочая группа отметила, что этот проект положения основан на пункте 5 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

59. Рабочая группа отметила, что в пункте 2 проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 17, а в пункте 3 – законодательная рекомендация 25.

60. В связи с пунктом 2 было высказано мнение, что обе формулировки – "краткий список" и "окончательный список", – заключенные в квадратные скобки, не являются необходимыми в законодательном тексте для определения списка участников процедур, которым впоследствии организация-заказчик предложит представить свои предложения. Рабочая группа согласилась с этим мнением и просила Секретариат внести любые соответствующие изменения, которые могут потребоваться.

61. Было высказано мнение, что пункт 3, возможно, лучше изложить в другом разделе проекта типовых законодательных положений, поскольку организация-заказчик обращается к участникам процедур с просьбой подтвердить квалификационные данные на более позднем этапе процедур отбора. Рабочая группа приняла к сведению это мнение и постановила вернуться к рассмотрению данного вопроса после завершения рассмотрения проектов типовых положений, касающихся выбора концессионера.

62. С учетом этих замечаний и предложений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

2. Процедура запроса предложений

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

63. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик предоставляет пакет из [окончательного] запроса предложений и связанной с ним документации, подготовленной в соответствии с [*типовым положением 11*], каждому прошедшему предварительный отбор участнику процедур, уплатившему плату, если таковая взимается, за эту документацию.

2. Независимо от вышеуказанного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда [она не имеет

возможности] [она считает невозможным] указать в запросе предложений характеристики проекта, такие как проектные спецификации, эксплуатационные показатели, финансовые механизмы или договорные условия, настолько подробно и четко, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения.

3. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения:

a) в первоначальный запрос предложений включается призыв к участникам процедур представить на первом этапе процедуры первоначальные предложения, касающиеся проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, а также основных договорных условий, предложенных организацией-заказчиком[15];

b) организация-заказчик может проводить встречи и обсуждения с любыми участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений или первоначальных предложений и сопровождающей их документации, представленной участниками процедур;

c) после изучения полученных предложений организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальный запрос предложений, исключив или изменив любой аспект первоначальных проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в первоначальном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается в приглашении представить окончательные предложения;

d) на втором этапе процедур организация-заказчик приглашает участников процедур представить окончательные предложения в отношении единого свода проектных спецификаций, эксплуатационных показателей или договорных условий в соответствии с [*типовыми положениями 11–16*].

[15] Во многих случаях, особенно в связи с новыми видами проектов, организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать на данном этапе подробный проект предусматриваемых ею договорных условий. Кроме того, организация-заказчик может счесть предпочтительным такой порядок, при котором подобные условия будут разрабатываться только после проведения первого раунда консультаций с прошедшими предварительный отбор участниками процедур. В любом случае для организации-заказчика будет, однако, важно предоставить на данном этапе определенную информацию с указанием ключевых условий концессионного соглашения, в частности, предусматриваемого по этому соглашению способа распределения связанных с проектом рисков между сторонами. Если вопрос о таком распределении договорных прав и обязательств будет оставлен полностью открытым до представления окончательного запроса предложений, то появляется опасность того, что участники процедур будут стремиться к минимизации принимаемых на себя рисков, что может воспрепятствовать достижению задачи обеспечения частных инвестиций для разработки проекта (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 67–70, а также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29)".

64. Рабочая группа отметила, что пункт 1, в котором отражена цель законодательной рекомендации 18, основан на статье 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках и что в пунктах 2 и 3 отражена законодательная рекомендация 19.

65. Было указано, что в пункте 3 *a)* содержится ссылка на "основные договорные условия, предложенные организацией-заказчиком", а не просто на "предложенные договорные условия", с тем чтобы не создавалось впечатления, что от организации-заказчика ожидается разработка подробных договорных документов на раннем этапе процесса отбора. В пункте 3 *b)* излагается несколько модифицированный вариант подпункта *b)* законодательной рекомендации 19, которая приведена в соответствие с текстом пункта 57 главы III *Руководства для законодательных органов*, с тем чтобы четко указать, что встречи, проводимые на этом этапе, отнюдь не обязательно могут проводиться с привлечением всех участников процедур. В пункте 3 *c)* уточняются положения подпункта *c)* законодательной рекомендации 19 за счет изложения элементов, упомянутых в пункте 58 главы III *Руководства для законодательных органов*. Пункт 3 *d)*, который основывается на пункте 4 статьи 46 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, добавлен для разъяснения последовательности действий в ходе первого этапа процедур.

66. Рабочая группа согласилась с тем, что слово "окончательный" не является необходимым перед словами "запрос предложений" в пункте 1, а также в других проектах типовых законодательных положений.

67. В связи с пунктом 2 было решено исключить формулировку "она не имеет возможности" и сохранить слова "организация-заказчик считает невозможным" без квадратных скобок.

68. Было высказано мнение, что для целей прозрачности и отчетности следует обязать организацию-заказчика составлять протоколы любых встреч или обсуждений, проводимых с участниками процедур, с изложением вопросов, поднятых участниками процедур, и разъяснений, которые были даны организацией-заказчиком. Рабочая группа согласилась с этим мнением и просила редакционную группу разработать для этих целей соответствующую дополнительную формулировку для включения в подпункт *b)* пункта 3.

69. Также в целях обеспечения прозрачности и отчетности, а также для того, чтобы ограничить возможности для внесения несправедливых изменений в пользу отдельных участников процедур, было предложено обязать организацию-заказчика указывать в отчете о процедурах отбора, который необходимо вести в соответствии с проектом типового положения 25, основания для любых поправок или изменений в элементах запроса предложений в соответствии с подпунктом *c)* пункта 3. Рабочая группа согласилась с этим предложением и просила редакционную группу разработать для этой цели соответствующую дополнительную формулировку для включения в подпункт *c)* пункта 3.

70. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 11. Содержание окончательного запроса предложений

71. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регули-*

рующие вопросы содержания запроса предложений][16], в окончательный запрос предложений включается как минимум следующая информация:

a) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений[17];

b) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды[18];

c) предлагаемые организацией-заказчиком договорные условия, включая указания на то, какие условия не могут считаться предметом переговоров;

d) критерии оценки предложений и минимальные показатели, если таковые имеются, установленные организацией-заказчиком для определения предложений, не отвечающих формальным требованиям; относительное значение, придаваемое каждому из критериев оценки, и порядок применения этих критериев и минимальных показателей при оценке и отклонении предложений.

[16] Перечень элементов, обычно включаемых в запрос предложений применительно к услугам, можно найти в статье 38 Типового закона о закупках.

[17] Перечень элементов, которые должны быть включены, можно найти в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 61 и 62.

[18] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 64–66".

72. Рабочая группа отметила, что в проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 20. Было указано, что в соответствии со вторым предложением законодательной рекомендации 26 и положениями пункта 69 главы III *Руководства для законодательных органов* в подпункте *c)* излагается требование о том, что запросы предложений должны содержать указание на то, какие договорные условия не могут считаться организацией-заказчиком предметом переговоров. В подпункте *d)* содержится конкретная ссылка на минимальные показатели для оценки предложений, о которых говорится в законодательной рекомендации 24.

73. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

74. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"[1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения.

2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[19]:

a) отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока;

b) неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*типовому положению 16*];

c) неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 16*];

d) неспособность подписать концессионное соглашение, если этого требует организация-заказчик, после принятия предложения;

e) неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного соглашения после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания проектного соглашения.]

[19] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках".

75. Рабочая группа была информирована, что после консультаций с экспертами, проведенных Секретариатом, было высказано мнение, что, возможно, целесообразно включить проект типового положения о тендерном обеспечении, основанный на пункте 62 главы III *Руководства для законодательных органов* и подпункте 1 *f)* статьи 37 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Было указано, что этот проект типового положения был заключен в квадратные скобки, поскольку по данному вопросу не существует какой-либо конкретной законодательной рекомендации.

76. Рабочая группа высказала мнение, что этот проект типового положения является полезным, поскольку обстоятельства, при которых права на такое обеспечение могут быть утрачены в ходе процедур отбора, касающихся осуществления проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников, могут отличаться от обстоятельств, при которых могут утрачиваться права на тендерное обеспечение в случае других видов закупок. Таким образом, Рабочая группа решила снять квадратные скобки, в которые был заключен этот проект типового положения.

77. В целях обеспечения ясности Рабочая группа решила заменить перекрестную ссылку в подпункте *b)* пункта 2 на пункт 1 проекта типового положения 16.

78. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

79. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор окончательного запроса предложений и, в случае необходимости, пересмотреть его, исключив или изменив любой аспект проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в окончательном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. О любом таком исклю-

чении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае окончательного запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений".

80. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 21 и что цель дополнительной формулировки заключается в том, чтобы разъяснить, в какой степени может быть изменен запрос предложений.

81. Было высказано мнение, что дополнительная формулировка, включенная в проект типового положения, по сравнению с законодательной рекомендацией 21 предусматривает, как представляется, чрезмерное расширение полномочий организации-заказчика в отношении изменения запроса предложений. Хотя такие полномочия сами по себе были сочтены необходимым элементом столь сложных процедур, как выбор концессионера для осуществления проекта в области инфраструктуры, было высказано мнение, что в проект положения следует включить дополнительную формулировку, с тем чтобы четко указать, что изменения, вносимые организацией-заказчиком, должны основываться на объективных критериях. Такое ограничение, как указывалось, имеет важное значение для того, чтобы снизить риск внесения изменений исключительно с целью создания более благоприятных условий для конкретных участников процедур.

82. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что важно обеспечить, чтобы формулировка проекта типового положения способствовала прозрачности и не создавала возможностей для злоупотреблений со стороны организации-заказчика. В то же время было высказано мнение, что включение требования, в соответствии с которым любое изменение в отношении предложений должно быть "объективно оправданным", было бы нежелательным, поскольку подобное ограничение может стимулировать участников процедур оспаривать любое изменение. Рассмотрев высказанные мнения и принимая во внимание желательность напоминания организации-заказчику о необходимости воздерживаться от внесения необоснованных изменений в основные элементы запроса предложений, Рабочая группа решила заменить полный перечень элементов, содержащихся в первом предложении проекта типового положения, перекрестной ссылкой на проект типового положения 11. Рабочая группа решила также в целях обеспечения прозрачности обязать организацию-заказчика указывать в отчете о процедурах отбора, который необходимо вести в соответствии с проектом типового положения 25, основания для любых поправок или изменений в элементах запроса предложений, упомянутых в этом проекте типового положения.

83. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 14. Критерии оценки

84. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[20] включают как минимум следующее:

a) техническую и экологическую обоснованность;

b) оперативную осуществимость;

c) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.

2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[21] включают, если это уместно, следующее:

a) текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;

b) текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*];

e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;

f) степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров;

g) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

[20] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[21] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77".

85. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 22 и 23, которые были объединены для удобства прочтения.

86. Было отмечено, что в результате консультаций с экспертами высказывалось предположение, что подпункт *d)* рекомендации 22 "открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития" было бы более целесообразно поместить в число коммерческих аспектов предложений (рекомендация 23). Соответственно этот подпункт был включен в качестве пункта 2 *g)* в проект типового положения 14, несмотря на то что в *Руководстве для законодательных органов* открываемые предложениями "потенциальные возможности для социально-экономического развития" упоминаются в связи с критериями оценки технических аспектов предложения (см. пункт 74 *f)* главы III).

87. Рабочая группа приняла к сведению, что подпункт *f)* пункта 2 был согласован с подпунктом *c)* проекта типового положения 11.

88. С учетом редакционных изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

89. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик проводит сопоставление и оценку каждого предложения в соответствии с критериями оценки, относительным значением, придаваемым каждому из этих критериев, и порядком оценки, изложенным в запросе предложений.

2. Для целей пункта 1 организация-заказчик может устанавливать минимальный уровень требований в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов. Предложения, не достигшие минимального уровня, рассматриваются в качестве не отвечающих формальным требованиям и исключаются из процедур отбора[22].

[22] В этом типовом положении предлагается пример процесса оценки, который организация-заказчик, возможно, пожелает применить с целью сопоставления и оценки предложений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Альтернативные процедуры оценки описываются в Руководстве для законодательных органов в пунктах 79–82 главы III "Выбор концессионера"; речь идет, например, о двухэтапных процедурах оценки или о системе двух конвертов. В отличие от процесса, устанавливаемого в данном типовом положении, процедуры, описанные в Руководстве для законодательных органов, направлены на то, чтобы предоставить организации-заказчику возможность проводить сопоставление и оценку нефинансовых критериев отдельно от финансовых критериев, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость относительно этапа оценки в рамках процедур отбора, принимающему государству рекомендуется изложить в своем законодательстве те процедуры оценки, которые организация-заказчик может использовать для сопоставления и оценки предложений, и подробно регламентировать применение таких процедур".

90. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 24. Было отмечено, что название было изменено в целях более четкого отражения сферы применения этого проекта типового положения. Новое положение в пункте 1 добавлено для уточнения последовательности действий организации-заказчика при оценке предложений.

91. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 15 bis. Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев

92. Рабочая группа согласилась с тем, что пункт 3 проекта типового законодательного положения 9 следует поместить в отдельное типовое законодательное положение между типовыми законодательными положениями 15 и 16, с тем чтобы подчеркнуть, что требования организации-заказчика о повторном подтверждении выполнения участником процедур квалификационных критериев часто будут выдвигаться после завершения этапа предварительного отбора. В интересах уточнения, какие именно квалификационные критерии должна применять в такой ситуации организация-заказчик, было предложено добавить к новому типовому законодательному положению сноску, отражающую существо последнего предложения пункта 6 статьи 34 Типового закона о закупках.

93. Рабочая группа согласилась с этим предложением, одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 16. Заключительные переговоры

94. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному соглашению участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.

2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного соглашения, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока он не представит приемлемого для организации-заказчика предложения, она прекращает переговоры с этим участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам участника процедур, получившего вторую наилучшую оценку; если переговоры с этим участником не приводят к заключению концессионного соглашения, организация-заказчик затем поочередно приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного соглашения или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта".

95. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 26 и 27, которые были объединены для удобства прочтения. Рабочая группа также приняла к сведению, что с учетом предложений, внесенных в ходе консультаций Секретариата с внешними экспертами, редакция пункта 2 была изменена в целях включения требования о направлении участникам процедур уведомления и предложения представить "наилучшую и окончательную оферту" к установленной дате до прекращения переговоров организацией-заказчиком. Было отмечено, что в этом требовании отражен пункт 8 статьи 48 и пункт 4 статьи 49 Типового закона о закупках.

96. Относительно третьего предложения пункта 2 было предложено исключить фразу "участника процедур, получившего вторую наилучшую оценку; если переговоры с этим участником не приводят к заключению концессионного соглашения, организация-заказчик затем поочередно приглашает к переговорам", поскольку это сделает текст данного положения более удобным для понимания без ущемления его существа.

97. Рабочая группа согласилась с этим предложением, одобрила с этой поправкой содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

3. Заключение концессионных соглашений без проведения конкурентных процедур

Типовое положение 17. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

98. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"[При условии утверждения … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*]][23] организация-заказчик уполномочивается проводить переговоры по концессионному соглашению без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], в следующих случаях:

a) когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], было бы практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика;

b) когда речь идет о краткосрочных проектах и объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает суммы [в …] [*принимающее государство оговаривает денежный предел*] [установленной в …] [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, в которых оговаривается денежный предел, до достижения которого подряды на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут выдаваться без проведения конкурентных процедур*][24];

c) когда проект связан с национальной обороной или национальной безопасностью;

d) когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника, например, когда для предоставления услуги требуется использование прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат определенному лицу или лицам или которыми обладает такое лицо или лица;

e) в случае подачи незапрошенных предложений, которые подпадают под действие [*типового положения 22*];

f) когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений представлено не было или все предложения не удовлетворяют критериям оценки [изложенным в запросе предложений], и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового приглашения к участию в процедурах предварительного отбора или нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект в течение требуемого срока, при условии что условия концессионного соглашения, заключенного таким образом между сторонами [должны соответствовать] [не должны отходить от] проектным спецификациям и договорным условиям, первоначально объявленным в запросе предложений;

g) другие случаи, когда [*принимающее государство указывает надлежащий орган*] разрешает прибегнуть к такому исключению по [веским] причинам, связанным с публичными интересами [или другие случаи аналогичного исключительного характера, как это определяется в законе][25].

[23] Причина обусловливания заключения концессионного соглашения без проведения конкурентных процедур утверждением вышестоящего органа заключается в необходимости обеспечения того, чтобы организация-заказчик проводила прямые переговоры с участниками процедур только в надлежащих обстоятельствах (см. пункты 85–96 главы III "Выбор концессионера"). В силу этого в данном типовом положении принимающему государству предлагается указать соответствующий орган, компетентный разрешать проведение переговоров в случаях, оговоренных в тексте типового положения. В то же время принимающее государство может предусмотреть различные требования к утверждению для каждого из подпунктов данного типового положения. В некоторых случаях принимающее государство может, например, предусмотреть, что полномочия на проведение таких переговоров непосредственно вытекают из законодательства. В других случаях принимающее государство может обусловить проведение переговоров утверждением различных вышестоящих органов в зависимости от характера услуг, которые предполагается предоставлять, или от соответствующего сектора инфраструктуры. В подобных случаях принимающему государству, возможно, потребуется адаптировать текст типового положения к этим требованиям утверждения путем добавления соответствующего требования утверждения в надлежащий подпункт или путем добавления ссылки на положения законодательства, в которых подобные требования устанавливаются.

[24] В качестве альтернативы исключению, предусматриваемому в подпункте *b)*, принимающее государство может рассмотреть вопрос о разработке упрощенной процедуры для запроса предложений в связи с проектами, не достигающими установленного предела, например, путем применения процедур, описанных в статье 48 Типового закона о закупках.

[25] Принимающие государства, которые считают желательным установить порядок, предусматривающий разрешение использовать процедуры переговоров на специальной основе, возможно, пожелают сохранить подпункт *g)* при принятии типового положения. Принимающие государства, желающие ограничить исключения из конкурентных процедур отбора, могут, в свою очередь, отдать предпочтение исключению этого подпункта".

99. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 28.

100. В качестве защиты от злоупотребления возможностью проводить прямые переговоры Рабочая группа согласилась снять квадратные скобки в первой строке проекта типового положения, в результате чего утверждение соответствующим органом будет требоваться во всех случаях, охватываемых данным проектом типового законодательного положения.

101. В отношении подпункта *a)* было отмечено, что содержащаяся в нем дополнительная формулировка была включена, с тем чтобы привести это положение в соответствие с подпунктом *a)* пункта 89 главы III *Руководства для законодательных органов*.

102. В отношении подпункта *b)* Рабочая группа согласилась с целесообразностью сохранить обе альтернативы в квадратных скобках.

103. В связи с подпунктом *f)* было принято к сведению, что в результате консультаций Секретариата с внешними экспертами в это положение была включена дополнительная формулировка о том, что переговоры после безуспешных попыток начать конкурентные процедуры не должны отходить от первоначальных проектных спецификаций и договорных условий. Эта дополнительная формулировка была составлена в качестве еще одной гарантии от манипулирования процессом отбора. Однако было отмечено, что новый текст этого положения сделает его неприменимым, поскольку дополнительная формулировка в значительной степени сократит сферу применения этого положения. Было также высказано предположение, что цели предупреждения злоупотребления прямыми переговорами оптимально соответствовало бы исключение этого подпункта полностью. Однако Рабочая группа предпочла со-

хранить данный подпункт с учетом исключения из него дополнительной формулировки. Из числа возможных вариантов обеспечения прозрачности на переговорах в соответствии с данным подпунктом широкую поддержку получило предложение о введении требования к организации-заказчику указывать причины любого отхода от первоначальных проектных спецификаций и договорных условий в отчетности, которую она обязана вести в соответствии с типовым законодательным положением 25. Рабочая группа согласилась добавить с этой целью сноску к подпункту *f)*.

104. В отношении подпункта *g)* на последней сессии Рабочей группы было предложено расширить это положение, добавив к нему формулировку "или другие случаи такого же исключительного характера, как они определяются в законодательстве" (см. A/CN.9/505, пункт 63). Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о том, является ли такое добавление, которое нашло свое отражение в проекте типового положения, строго необходимым или же такая возможность уже охватывается первой фразой подпункта *g)*. Рабочая группа согласилась с тем, что эта формулировка должна быть сохранена, однако ее следует поместить в сноске к этому подпункту, а не в самом его тексте. Рабочая группа также согласилась с мнением о том, что квадратные скобки, в которые помещено слово "веским", следует снять.

105. С учетом этих изменений и поправок Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 18. Процедуры переговоров по концессионному соглашению

106. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В тех случаях, когда переговоры по концессионному соглашению ведутся без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], организация-заказчик[26]:

a) за исключением концессионных соглашений, заключаемых в соответствии с [*пунктом c) типового положения 17*] – обеспечивает публикацию уведомления о своем намерении начать переговоры в отношении концессионного соглашения в соответствии с [*принимающее государство указывает любые соответствующие положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений*];

b) проводит переговоры с настолько широким кругом лиц, которые, по ее мнению, способны осуществить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

c) устанавливает критерии оценки, при использовании которых предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок.

[26] Ряд элементов, позволяющих усилить прозрачность при переговорах, проводимых согласно данному типовому положению, рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 90–96".

107. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 29. Было отмечено, что первоначальный подпункт *c)* законодательной рекомендации 29 включен в общее положение об уведомлении о выдаче подряда на проект в соответствии с проектом типового положения 24.

108. С целью повышения прозрачности при заключении концессионного договора без проведения конкурентных процедур Рабочая группа согласилась с тем, чтобы формулировка подпункта *b)* предусматривала, что участник процедур, с которым организация-заказчик ведет прямые переговоры, должен будет подтвердить выполнение определенных квалификационных требований. Было согласовано, что с этой целью к данному подпункту будет добавлена сноска.

109. С учетом этого изменения Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

4. Незапрошенные предложения[27]

Типовое положение 19. Приемлемость незапрошенных предложений

110. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В порядке исключения из применения [*типовых положений 6–16*] организация-заказчик[28] уполномочивается рассматривать незапрошенные предложения в соответствии с процедурами, изложенными в [*типовых положениях 20–22*], при условии, что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

[27] Программные соображения относительно преимуществ и недостатков незапрошенных предложений рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 98–100. Государства, желающие разрешить организациям-заказчикам рассматривать подобные предложения, возможно, пожелают обратиться к процедурам, изложенным в типовых положениях 22–24.

[28] Данное типовое положение исходит из того, что полномочия на рассмотрение незапрошенных предложений будут принадлежать организации-заказчику. Однако в зависимости от системы регулирования в принимающем государстве ответственность за работу с незапрошенными предложениями или за рассмотрение, например, вопроса о том, отвечает ли незапрошенное предложение публичным интересам, может лежать на ином органе, чем организация-заказчик. В подобном случае принимающему государству следует внимательно рассмотреть порядок, с помощью которого, возможно, потребуется обеспечить координацию функций такого органа и функций организации-заказчика (см. сноски 1, 3 и 23, а также источники, на которые в них даны ссылки)".

111. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 30, одобрила его содержание и передала на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 20. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

112. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик незамедлительно информирует представившую его сторону о том, рассматривается ли проект в качестве отвечающего публичным интересам[29].

2. Если проект сочтен отвечающим публичным интересам согласно пункту 1, организация-заказчик приглашает сторону, представившую предложение, представить настолько подробную информацию о предла-

гаемом проекте, насколько это является возможным на этом этапе, с тем чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить квалификационные данные этой стороны и техническую и экономическую осуществимость проекта, а также определить вероятность успешной реализации проекта в предложенном порядке и на условиях, приемлемых для организации-заказчика. С этой целью сторона, предложившая проект, представляет технико-экономическое обоснование, исследование экологического воздействия и достаточную информацию относительно концепций или технологий, предусматриваемых в предложении.

3. При рассмотрении незапрошенного предложения организация-заказчик уважает интеллектуальную собственность, коммерческую тайну или другие исключительные права, воплощенные в предложении, вытекающие из него или упомянутые в нем. В частности, организация-заказчик не использует никакой информации, сообщенной или предоставленной стороной, представившей незапрошенное предложение, или от ее имени, в иных целях, чем оценка предложения, кроме как с согласия этой стороны. [Если иное не согласовано сторонами] организация-заказчик в случае отклонения предложения возвращает стороне, предложившей проект, оригиналы и любые копии документов, которые были представлены и подготовлены этой стороной [будь то в материальной форме или в электронном формате] на протяжении всей процедуры.

[29] Определение того, отвечает ли проект публичным интересам, предполагает тщательную оценку потенциальных выгод для общества, предлагаемых проектом, а также его связи с правительственной политикой в соответствующем секторе инфраструктуры. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость процедур определения приемлемости незапрошенных предложений, принимающему государству было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в правилах или других документах руководящие указания относительно критериев, которые будут использоваться для определения соответствия незапрошенных предложений публичным интересам и которые могут включать критерии для оценки уместности договорных решений и разумности предлагаемого распределения рисков, связанных с проектом".

113. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 31 и 32. Было указано, что пункт 3 проекта типового положения сформулирован на основе законодательной рекомендации 32 в целях более четкого определения взаимосвязи между правами интеллектуальной собственности стороны, представившей предложение, и использованием организацией-заказчиком информации, которая была ей сообщена стороной, представившей предложение.

114. В отношении пункта 1 было отмечено, что на такой ранней стадии рассмотрения незапрошенного предложения невозможно окончательно определить, рассматривается ли тот или иной проект в качестве отвечающего публичным интересам. Целесообразнее, чтобы в пунктах 1 и 2 говорилось о предварительном заключении организации-заказчика о том, что предложение рассматривается в качестве "потенциально" отвечающего публичным интересам. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

115. Рабочая группа согласилась включить сноску к пункту 2 о том, что принимающее государство может установить, возможно в специальных правилах, критерии оценки квалификационных данных представившей предложение стороны, которые могли бы основываться на квалификационных критериях, предусмотренных в проекте типового положения 7.

116. Рабочая группа высказала мнение, что взаимосвязь между обязанностью защищать интеллектуальную собственность, коммерческую тайну или другие исключительные права стороны, предложившей проект, в соответствии с первым предложением пункта 3 и обязанностью организации-заказчика не использовать никакой информации, предоставленной этой стороной, должна быть сформулирована в более четкой форме. Исходя из этого, Рабочая группа согласилась с тем, чтобы в начале второго предложения вместо слов "в частности" было включено слово "поэтому". Рабочая группа также решила снять в третьем предложении квадратные скобки, в которые заключены слова "если иное не согласовано сторонами", и исключить слова в квадратных скобках "будь то в материальной форме или в электронном формате", которые были сочтены излишними.

117. С учетом внесения этих поправок и других изменений редакционного характера Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 21. Незапрошенные предложения, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

118. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. За исключением обстоятельств, изложенных в [*типовом положении 17*], организация-заказчик, если она принимает решение об осуществлении проекта, начинает процедуры отбора в соответствии с [*типовыми положениями 6–16*], если организация-заказчик сочтет, что:

a) предполагаемая отдача проекта может быть достигнута без использования прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат стороне, представившей предложение, или которыми она обладает; или

b) предложенная концепция или технология в действительности не является уникальной или новой.

2. Сторона, представившая предложение, приглашается к участию в процедурах отбора, начатых организацией-заказчиком в соответствии с пунктом 1, и ей могут быть предоставлены стимулы или аналогичные льготы [в порядке, описанном организацией-заказчиком в запросе предложений] за подготовку и представление предложения".

119. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 33.

120. В целях обеспечения единообразия Рабочая группа постановила, чтобы слова "интеллектуальная собственность, коммерческая тайна или другие исключительные права", которые включены в пункт 3 проекта типового положения 20, были также использованы в названии, а также в других местах текста проектов типовых положений. Рабочая группа также согласилась, что вместо союза "или" между подпунктами *a)* и *b)* пункта 1 необходимо включить союз "и", поскольку должны соблюдаться оба этих условия.

121. С учетом внесения этих поправок, а также других изменений редакционного характера Рабочая группа

одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые связаны с концепциями и технологиями, защищенными правами собственности

122. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Если организация-заказчик установит, что условия, предусматриваемые в [*подпунктах a) или b) пункта 1 типового положения 21*], не соблюдены, то от нее не требуется проведения процедур отбора согласно [*типовым положениям 6–16*]. Однако организация-заказчик может попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением в соответствии с положениями, изложенными в пунктах 2–4[30].

2. Когда организация-заказчик намеревается получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением, она публикует описание основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить предложения в течение [разумного срока] [*принимающее государство указывает определенный конкретный срок*].

3. Если предложений в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, в течение [разумного срока] [срока, оговоренного в пункте 2, выше] получено не было, организация-заказчик может начать переговоры со стороной, представившей первоначальное предложение.

4. Если организация-заказчик получает предложения в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, она приглашает представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями, изложенными в [*типовом положении 18*]. В случае, если организация-заказчик получает достаточно большое число предложений, которое, как это представляется prima facie, удовлетворяет ее потребностям в области инфраструктуры, организация-заказчик обращается с запросом о представлении предложений согласно [*типовым положениям 10–16*] с учетом любых стимулов или льгот, которые могут быть предоставлены лицу, представившему незапрошенное предложение, в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 21*].

[30] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии специальной процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, подпадающих под действие данного типового положения; такая процедура может, mutatis mutandis, строиться на основе процедуры запроса предложений, изложенной в статье 48 Типового закона о закупках".

123. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 34 и 35.

124. Рабочая группа согласилась с тем, чтобы название и текст проекта типового положения были приведены в соответствие с проектом типового положения 21.

125. С учетом внесения этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового соглашения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

5. Разные положения

Типовое положение 23. Конфиденциальность переговоров

126. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия любой содержащейся в них информации конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 16, 17 и 18 или пункту 3 типового положения 22*] являются конфиденциальными. [За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда], каждая сторона переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсуждениями, сообщениями и переговорами в соответствии с вышеупомянутыми положениями, без согласия на то другой стороны".

127. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 36. Было указано, что первое предложение типового проекта положения было заимствовано из статьи 45 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Была добавлена ссылка на "агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов", с тем чтобы избежать чрезмерно ограничительного толкования проекта типового положения.

128. Рабочая группа согласилась снять во втором предложении проекта типового положения квадратные скобки, в которые заключены слова "за исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда". В отношении этого предложения был поставлен вопрос о том, подразумеваются ли под словом "суд" только судебные органы или оно также может распространяться на третейские суды. В связи с этим было отмечено, что некоторые учреждения, которые осуществляют арбитражное разбирательство, иногда называются "арбитражными судами" и что в некоторых правовых системах допускается арбитражное разбирательство споров, связанных с закупками. В ответ на это было отмечено, что ничто в проекте типового положения не ограничивает возможностей принимающего государства в плане распространения сферы применения проекта типового положения на третейские суды или в плане такого толкования, если оно допускается в соответствии с его законами. Однако данный проект типового положения в том виде, в каком он в настоящее время представлен, относится к государственным судам, а не третейским.

129. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 24. Уведомление о выдаче подряда на проект

130. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"За исключением проектов в области инфраструктуры, подряд на которые выдан согласно [*подпункту c)*

типового положения 17], организация-заказчик обеспечивает публикацию уведомления о выдаче подряда на проект в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, которые регулируют вопросы публикации уведомлений о выдаче подрядов*]. В уведомление включаются указание концессионера и резюме основных условий концессионного соглашения".

131. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 37.

132. С учетом внесения изменений редакционного характера Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 25. Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда

133. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик ведет надлежащую отчетность, в которую включается информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о публичных закупках, которые регулируют вопросы ведения отчетности о процедурах закупок*][31].

[31] Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, потребуется, возможно, урегулировать в правилах, изданных принимающим государством во исполнение данного типового положения, если только подобных правил уже не существует в законодательстве принимающего государства, регулирующем вопросы закупок. Эти вопросы рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках".

134. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 38.

135. Было высказано мнение, что правовые требования, касающиеся отчетности в отношении процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда, являются важными элементами обеспечения режима прозрачности и отчетности в процессе выбора. Было признано, что включение всех элементов, упоминаемых в пунктах 120–126 главы III *Руководства для законодательных органов*, делает данный проект типового положения излишне детализированным. Тем не менее было отмечено, что проект типового положения должен включать в себя более настоятельную рекомендацию принимающим государствам провести обзор своего законодательства для обеспечения того, чтобы в нем были отражены признанные международные стандарты прозрачности. Рабочая группа рассмотрела различные предложения, которые были выдвинуты в этой связи, и в конечном счете согласилась с тем, чтобы в основном сохранить первоначальный текст проекта типового положения, изменив следующим образом текст сноски:

"Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты также рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках. Если подобные вопросы недостаточно урегулированы в законодательстве принимающего государства, то ему следует принять соответствующее законодательство".

136. С учетом внесения этих добавлений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 26. Процедуры обжалования

137. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия или бездействие организации-заказчика в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы обжалования решений, вынесенных в рамках процедур закупки*].[32]

[32] Элементы для создания надлежащей системы обжалования рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 127–131. Они также содержатся в главе VI Типового закона о закупках".

138. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 39.

139. Для того чтобы подчеркнуть важность процедур обжалования, которые рассматриваются в качестве неотъемлемой части справедливой процедуры отбора, Рабочая группа согласилась включить в конце сноски предложение о том, что если законы принимающего государства не предусматривают адекватной системы обжалования, принимающее государство должно рассмотреть вопрос о принятии соответствующего законодательства в данной области.

140. С учетом внесения этих добавлений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

III. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Типовое положение 27. Содержание концессионного соглашения

141. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В концессионном соглашении регулируются такие вопросы, какие сочтены сторонами уместными, включая следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, и услуг, которые должны быть предоставлены концессионером [*см. пункт 1 главы IV*];

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному соглашению [*см. рекомендацию 5*];

c) помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 6*];

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с [*типовым положением 29*] [*см. рекомендацию 42 и проект типового положения 29*];

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 30–32*] [*см. рекомендации 44 и 45 и проекты типовых положений 30–32*];

f) вознаграждение концессионера, в частности и если это уместно, право концессионера на установление, получение или взимание тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки таких тарифов или сборов; и любые платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом [*см. рекомендации 46 и 48*];

g) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры [*см. рекомендацию 52*];

h) объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях [*см. рекомендацию 53 и проект типового положения 37*];

i) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями [*см. рекомендацию 54 b)*];

j) объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях [*см. рекомендацию 54 a)*];

k) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i)* выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер [*см. главу IV, пункты 73–76*];

l) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами [*см. рекомендацию 56*];

m) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 58 a) и b)*];

n) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон [*см. рекомендацию 58 e)*];

o) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном соглашении, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля [*см. рекомендацию 58 d)*];

p) срок действия проектного соглашения и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении [*см. рекомендацию 61*];

q) способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 46*] [*см. рекомендацию 67*];

r) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером [*см. рекомендации 41 и 69 и проекты положений 28 и 48*]".

142. На своей четвертой сессии Рабочая группа просила Секретариат подготовить первоначальный проект типового положения с перечислением основных вопросов, которые необходимо урегулировать в проектном соглашении (см. A/CN.9/505, пункт 114).

143. В соответствии с этой просьбой в данном проекте типового положения перечисляется ряд вопросов, которые должны регулироваться в проектном соглашении. Некоторые из них рассматриваются также в отдельных проектах правовых положений. Однако остальные перечисленные вопросы касаются законодательных рекомендаций, в связи с которыми Рабочая группа не просила разрабатывать специальные проекты типовых положений.

144. Была выражена поддержка мнению, что перечень вопросов для возможного включения в концессионный договор должен носить не исчерпывающий, а ориентировочный характер. Было указано, что перечисленные в проекте типового положения элементы могут и не быть уместными для всех видов концессий при всех возможных обстоятельствах. Было отмечено также, что стороны должны иметь возможность договариваться по вопросам, которые являются наиболее целесообразными с точки зрения конкретных нужд или потребностей того или иного проекта в области инфраструктуры, и что в данном проекте типового положения содержится важный пример возможных основных элементов концессионного договора.

145. В ответ было отмечено, что изначальная цель любого концессионного договора, как это предусматривается проектом типового положения, состоит в предоставлении услуг населению через посредство частного субъекта. Поскольку концессионный договор, таким образом, затраги-

вает вопрос публичных интересов, в проекте типового положения следует указать, по крайней мере, на такие вопросы, в отношении которых в силу публичных интересов не допускаются какие-либо изменения по согласованию сторон. Однако в этой связи возник вопрос о том, могут ли договоры, не содержащие всех элементов, предусмотренных в проекте типового положения, оспариваться или объявляться недействительными, что, по мнению большинства, было бы крайне нежелательно.

146. После некоторых обсуждений было предложено изменить редакцию вводной формулировки, чтобы более четко изложить в ней мысль о том, что перечень, который хотя и касается важных вопросов, не является обязательным во всей своей полноте. В стремлении отразить такое намерение и согласовать варианты формулировок на разных языках Рабочая группа согласилась заменить слово "включая" во вводной части проекта типового положения словом "например". Рабочая группа согласилась с тем, что такой текст не может истолковываться как предполагающий, что договор, не содержащий какого-либо из элементов, перечисленных в проекте типового положения, является недействительным, что не наносит ущерба возможной внутренней ответственности агентов организации-заказчика, поскольку этот вопрос оставлен на урегулирование на основании национальных законов принимающих государств за пределами сферы применения проектов типовых положений.

147. В отношении подпункта *f)* было отмечено, что в некоторых юрисдикциях вознаграждение концессионера за счет взимания с пользователей тарифов или сборов за использование объекта является одним из составляющих элементов концессии. В этой связи было предложено исключить слова "если это уместно" в первой строке этого подпункта. В ответ было замечено, что при составлении проекта типового положения преследовалась цель обеспечить законодателей ориентировочными примерами возможного содержания концессионного договора, а не формулировать заново элементы понятия концессии в рамках той или иной конкретной правовой системы. Для уточнения ориентировочного характера этого подпункта было решено заменить слова "в частности и если это уместно, право концессионера на установление, получение или взимание" словами "будь то".

148. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 28. Применимое право

149. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Концессионное соглашение регулируется законодательством принимающего государства [если иное не предусмотрено в концессионном соглашении][33].

[33] Вопрос о том, могут ли стороны концессионного соглашения избрать в качестве права, регулирующего это соглашение, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах по-разному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 5–8), в некоторых странах концессионные соглашения могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проекта в области инфраструктуры (в общем плане см. *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", раздел B)".

150. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 41.

151. Рабочая группа согласилась снять квадратные скобки в проекте типового положения.

152. Было отмечено, что в некоторых случаях, особенно в случае заключения концессионных договоров в рамках двусторонних инвестиционных соглашений, договор между организацией-заказчиком и концессионером может регулироваться публичным международным правом, а не законодательством принимающего государства. Поступило предложение отразить в формулировке проекта типового положения также и эти случаи. Однако Рабочая группа не согласилась с этим мнением. Было сочтено, что последнее предложение сноски к проекту типового положения со ссылкой на главу VII *Руководства для законодательных органов* содержит достаточно информации, которой может руководствоваться в данном вопросе принимающее государство.

153. С учетом этой поправки Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 29. Организационное устройство концессионера

154. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии, что соответствующее заявление было сделано в документации для предварительного отбора или в запросе предложений, если это уместно. В концессионном соглашении оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы".

155. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 42 и 43.

156. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 30. Собственность на активы[34]

157. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В концессионном соглашении оговаривается [когда это необходимо и] [если это уместно], какие активы на-

ходятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности концессионера. В концессионном соглашении указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям:

a) активы, если таковые имеются, которые концессионер должен, если это уместно, возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями концессионного соглашения;

b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у концессионера; и

c) активы, если таковые имеются, которые концессионер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении концессионного соглашения.

[34] Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичными предприятиями объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47–53). Эти общие программные решения обычно определяют подход к законодательному регулированию вопросов собственности на связанные с проектами активы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 20–26). Независимо от общей или секторальной политики, проводимой принимающей страной, режим собственности на различные активы, связанные с проектом, должен быть четко определен и основываться на достаточных законодательных полномочиях. В этих вопросах необходима ясность, поскольку предусматриваемые решения будут непосредственно затрагивать способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансирования проекта (там же, пункты 52–61). С учетом гибких подходов, используемых в различных правовых системах, в данном типовом положении не предусматривается безоговорочная передача всех активов организации-заказчику, а допускается возможность проведения различия между активами, которые должны быть переданы организации-заказчику, активами, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору, и активами, которые остаются в частной собственности концессионера".

158. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 44.

159. Рабочая группа согласилась исключить слова "[когда это необходимо и]" как излишние. По этой же причине Рабочая группа также согласилась исключить в подпункте *a)* слова "если это уместно".

160. Определенную поддержку получило мнение о целесообразности добавления в подпункты *b)* и *c)* слов "по истечении или прекращении концессионного соглашения". В ответ, однако, было указано, что новая формулировка может уменьшить гибкость, присущую первоначальному тексту. Так, ситуация, рассматриваемая в подпункте *b)*, может также возникнуть и в ходе исполнения концессионного договора. В силу этого Рабочая группа согласилась сохранить текст проекта типового положения и добавить слова "по истечении или прекращении концессионного договора" в конце сноски к данному положению с добавлением также слов "или в любое другое время" при том, однако, понимании, что вопрос о надлежащем месте для новой формулировки потребуется, возможно, рассмотреть еще раз.

161. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 31. Приобретение строительной площадки

162. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями концессионного соглашения [приобретает] [предоставляет в распоряжение концессионера] или, если это уместно, оказывает концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, включая право собственности, какие могут быть необходимы для осуществления проекта.

2. Любое принудительное приобретение земельного участка, который может потребоваться для выполнения проекта, осуществляется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые регулируют вопросы принудительного приобретения частной собственности публичными органами в публичных интересах*] и условиями концессионного соглашения".

163. В интересах уточнения формулировки пункта 1 и согласования ряда предоставляемых принимающим государствам вариантов действий без ущерба для существа этого положения Рабочая группа согласилась снять квадратные скобки в этом пункте, исключить слово "приобретает" и добавить слово "shall" перед словом "assist" в тексте на английском языке. Имея в виду отразить эти изменения в названии проекта типового положения, Рабочая группа согласилась заменить первоначальный текст названия словами "Приобретение прав, связанных со строительной площадкой".

164. В отношении пункта 2 Рабочая группа согласилась исключить слова "и условия концессионного соглашения", так как среди делегаций получило широкое распространение мнение, что любое принудительное приобретение должно осуществляться лишь в соответствии с законодательством принимающего государства, а не с условиями концессионного договора.

Типовое положение 32. Сервитуты[35]

165. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта [в соответствии с (*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые регулируют сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании – поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами)*].

[35] Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим концессионером или может быть принудительно приобретено публичным органом одновременно с приобретением проектной площадки. Несколько иной альтернативный вариант может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд

по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 30–32). Цель альтернативных формулировок, предложенных в квадратных скобках в начале текста типового положения, состоит в том, чтобы отразить эти варианты".

166. В интересах обеспечения единообразия Рабочая группа согласилась заменить слово "power" словом "right" в тексте на английском языке. Рабочая группа также согласилась снять квадратные скобки в проекте типового положения.

Типовое положение 33. Финансовые механизмы

167. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном соглашении предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением][36].

[36] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, рамки регулирования во многих странах включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, требуя, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46)".

168. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 46.

169. Был поставлен вопрос относительно необходимости отдельного положения по данному вопросу с учетом того, что в подпункте *f)* проекта типового положения 27 уже рассматривается вознаграждение концессионера, которое является одним из элементов, оговариваемых в проектном соглашении. В ответе было отмечено, что Рабочая группа на своей четвертой сессии приняла решение о необходимости выработки конкретного положения, подтверждающего право концессионера устанавливать или взимать тарифы или сборы за использование объекта инфраструктуры (см. A/CN.9/505, пункт 129). Такое положение является особенно важным, поскольку в ряде стран для подобных действий концессионера требуется предварительная законодательная санкция.

170. С учетом замены в первом предложении английского текста слов "has the right" словами "shall have the right" Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 34. Обеспечительные интересы

171. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном соглашении[37], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:

a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах;

b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.

2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, когда создание такого обеспечения не допускается законом [*принимающего государства*].

[37] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры".

172. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 49.

173. Рабочая группа решила в пункте 3 заменить слова "не допускается" словом "запрещается". С учетом внесения этой поправки Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 35. Уступка концессионного соглашения

174. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 34*], права и обязательства концессионера согласно концессионному соглашению не могут быть [полностью или частично] уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном соглашении оговариваются условия, при которых организация-заказчик [может дать] [дает] свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному соглашению, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому соглашению и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги".

175. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 50.

176. Рабочая группа решила исключить заключенные в квадратные скобки слова "полностью или частично", которые, по ее мнению, больше подходят для текста договора, а не текста закона. Рабочая группа также решила во втором предложении проекта типового положения исключить слова "может дать" и снять квадратные скобки, в которые заключено слово "дает".

177. С учетом этих поправок Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 36. Передача контрольного пакета[38] акций компании-концессионера

178. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Если иное не предусмотрено в концессионном соглашении, контрольный пакет акций компании-концессионера не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном соглашении оговариваются условия, при которых [может быть дано] [дается] согласие организации-заказчика.

[38] Понятие "контрольный пакет" обычно подразумевает полномочия назначать администрацию корпорации и оказывать влияние на ее коммерческие операции или определять такие операции. В различных правовых системах или даже в различных сводах правовых положений в рамках одной и той же правовой системы могут применяться разные критерии, начиная от формальных критериев признания контрольным пакетом наличия такой ситуации, когда в собственности какого-либо лица находится определенное количество акций (обычно более 51 процента), рассчитанное исходя из общей совокупности голосов, принадлежащих всем классам акций какой-либо корпорации, и до более сложных критериев, учитывающих фактическую управленческую структуру корпорации. Принимающим государствам, в которых отсутствует законодательное определение понятия "контрольного пакета", возможно, потребуется определить этот термин в правилах, принимаемых во исполнение данного типового положения".

179. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 51.

180. Рабочая группа решила исключить во втором предложении слова "может быть дано" и снять квадратные скобки, в которые заключено слово "дается". С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 37. Эксплуатация инфраструктуры

181. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. В концессионном соглашении устанавливается, если это уместно, объем обязательств концессионера по обеспечению:

a) приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее;

b) непрерывности предоставления услуги;

c) предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;

d) недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

[2. Концессионер обладает правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.]"

182. Рабочая группа отметила, что в пункте 1 этого проекта типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 53. Было указано, что в соответствии с предложениями внешних экспертов был добавлен отражающий содержание законодательной рекомендации 55 и заключенный в квадратные скобки пункт 2, несмотря на то что Рабочая группа на своей четвертой сессии высказала мнение о том, что в типовом положении по данному вопросу нет необходимости (см. A/CN.9/505, пункт 144).

183. Рабочая группа вновь рассмотрела вопрос о целесообразности включения типового положения, касающегося права концессионера вводить правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение. Было отмечено, что в некоторых странах с установившимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг признается право концессионера вводить правила, направленные на облегчение предоставления услуг (таких, как инструкции для пользователей или правила техники безопасности), принимать разумные меры в целях обеспечения соблюдения этих правил и приостанавливать предоставление услуг в чрезвычайных ситуациях или по соображениям безопасности. Однако с учетом важности некоторых видов таких общедоступных услуг осуществление такого права субъектами, не являющимися правительственными, иногда требует соответствующей законодательной санкции. Исходя из этого Рабочая группа решила сохранить текст пункта 3, сняв квадратные скобки.

184. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 38. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

185. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В концессионном соглашении устанавливается объем, в котором концессионер имеет право на компенсацию в случае, если затраты на исполнение концессионером концессионного соглашения существенно возрастут или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократится по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги".

186. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 58 *c)*. Было указано, что в этот проект типового положения был добавлен ряд элементов, с тем чтобы отразить подробное рассмотрение, проведенное в пунктах 121–130 главы IV *Руководства для законодательных органов*.

187. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 39. Пересмотр концессионного договора

188. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Вариант A

1. Без ущерба для [*типового положения 38*] в концессионном договоре может далее устанавливаться объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

a) изменений в экономических или финансовых условиях; или

b) изменений в законодательстве или регулировании, иных чем те, о которых говорится в [*типовом положении 38*].

2. [Если иное не предусмотрено в концессионном договоре] ходатайство о пересмотре концессионного договора согласно пункту 1 не может быть удовлетворено кроме как в тех случаях, когда экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения:

a) происходят после заключения договора;

b) происходят вне сферы контроля концессионера; и

c) носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного соглашения, или избежать, или преодолеть их последствия.

3. В концессионном договоре устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного договора после наступления любых таких изменений.

Вариант B

Без ущерба для [*типового положения 38*] в концессионном договоре может далее устанавливаться объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате изменений экономических или финансовых условий или изменений в законодательстве или регулировании, иных чем те, о которых говорится в [*типовом положении 38*]".

189. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 58 *c)*. Было указано, что в этот проект типового положения был добавлен ряд элементов, с тем чтобы отразить подробное рассмотрение, проведенное в пунктах 121–130 главы IV *Руководства для законодательных органов*.

190. Было отмечено, что пункт 1 варианта A по сути идентичен варианту B. Что касается содержания пункта 2 варианта A, то эти вопросы обычно рассматриваются в концессионных договорах, а не в законодательстве, и поэтому было предложено сохранить только вариант B. Вариант A следует исключить, а пункт 3 варианта A добавить к новому положению в качестве пункта 2. Было высказано мнение, что такое изменение упростит текст без нанесения ущерба существу положения и исключения каких-либо важных элементов.

191. Хотя было признано, что в варианте B представлено в более сжатой форме содержание варианта A, тем не менее было предложено сохранить оба варианта. В любом случае следует сохранить пункт 2 варианта A, поскольку в нем содержатся важные элементы, которыми могли бы руководствоваться принимающие государства, в том что касается условий, которые могут явиться причиной пересмотра концессионного договора. Это становится еще более важным с учетом исключительного характера пересмотра договора при возникновении сложных ситуаций.

192. После некоторых обсуждений было высказано мнение, что обе точки зрения могут быть учтены, если будет исключен вариант B, а подпункты *a)*, *b)* и *c)* пункта 2 варианта A будут включены в пункт 1 варианта A и если перед ними будут добавлены слова "и при условии, что". Было сочтено, что такое изменение позволит упростить проект типового положения, сделать более четкой взаимосвязь между пунктами 1 и 2 варианта A и сохранить содержание пункта 2 варианта A. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

193. В связи с пунктом 1 было предложено исключить во второй и третьей строках слова "имеет право ходатайствовать о пересмотре" и заменить их словами "имеет право на пересмотр", а слова "может далее устанавливаться" заменить словами "устанавливается далее". Было также отмечено, что эта формулировка упростит проект типового положения и будет более точно соответствовать содержанию и формулировке рекомендации 58 *c)*. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

194. С тем чтобы подчеркнуть различие между проектом типового положения 38 и проектом типового положения 39, было предложено заменить в подпункте 1 *b)* слова "иных чем те, о которых говорится в [*типовом положении 38*]" словами "в законах или правилах, непосредственно не относящихся к объектам инфраструктуры или предоставляемым услугам". Рабочая группа согласилась с этим предложением.

195. Было отмечено, что в проекте типового положения не регулируется вопрос о последствиях возникновения разногласий между организацией-заказчиком и концессионером в отношении пересмотра концессионного договора. Было отмечено, что этот вопрос регулируется в проекте типового положения 44. Рабочая группа решила вернуться к этому вопросу во время рассмотрения упомянутого положения.

196. С учетом внесения этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 40. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

197. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В обстоятельствах, указанных в концессионном договоре, организация-заказчик имеет право временно

взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации-заказчика".

198. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 59.

199. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 41. Замена концессионера

200. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик и субъекты, предоставляющие финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, могут согласовать процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного договора в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного договора, или возникновения иных аналогичных обстоятельств, как это может быть согласовано организацией-заказчиком и субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры[39].

[39] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного соглашения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны, возможно, пожелают обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика".

201. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 60.

202. Было предложено, чтобы в это положение была также включена ссылка на концессионера как на сторону соглашения, в котором предусматриваются условия замены концессионера. Было также предложено, чтобы обстоятельства, приводящие к такой замене, ограничивались серьезными нарушениями обязательств концессионера по концессионному договору. Рабочая группа не согласилась с этими предложениями, поскольку она сочла, что они не соответствуют концепции *Руководства для законодательных органов*.

203. Для целей обеспечения большей полноты этого проекта положения было предложено перед словом "процедуры" включить слова "право таких субъектов", а также дать это положение в редакции "организация-заказчик может согласовать с субъектами…", с тем чтобы подчеркнуть разрешительный характер проекта типового положения. Для упрощения проекта типового положения Рабочая группа также решила исключить его последнюю часть, поскольку она сочла, что "иные аналогичные обстоятельства" будут в любом случае определяться в концессионном договоре и что это исключение не нанесет, таким образом, ущерба существу проекта типового положения.

204. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его вместе с предложенными изменениями на рассмотрение редакционной группы.

IV. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора

1. Срок действия и продление концессионного договора

Типовое положение 42. Срок действия и продление концессионного договора

205. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Срок действия концессионного договора, как он оговорен в соответствии с [*типовым положением 27 р)*], не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств:

a) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон; или

b) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов;

c) [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*].

2. Срок действия концессионного договора может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном договоре, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально предусмотренного срока".

206. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 61 и 62.

207. Было отмечено, что текст проекта типового положения, особенно пункта *c)*, является излишне конкретизированным и не предусматривает возможности для организации-заказчика и концессионера согласовать в концессионном договоре вопрос о продлении срока концессии. В ответ на это мнение было указано, что данное положение отражает рекомендацию *Руководства для законодательных органов*, в соответствии с которой продление срока разрешается только в том случае, если эта возможность предусмотрена в законе принимающего государства. По этой причине Рабочая группа согласилась сохранить текст этого положения.

208. Затем было предложено добавить к данному положению сноску, которая напоминала бы принимающим государствам, что они могут изъявить желание рассмотреть возможность продления концессионного договора по взаимному согласию организации-заказчика и концессионера в силу настоятельных причин, связанных с публичными интересами. Рабочая группа согласилась с этим предложением.

209. С учетом внесения этих поправок Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

2. Прекращение концессионного договора

Типовое положение 43. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

210. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Организация-заказчик может прекратить концессионный договор:

a) в случае, когда она не может более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;

b) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру, как это согласовано в концессионном договоре;

c) [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*]".

211. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 63.

212. Было предложено в пункте *b)* слова "в силу публичных интересов" заменить словами "в силу настоятельных причин, связанных с публичными интересами". Было отмечено, что благодаря такой поправке положение будет более точно соответствовать *Руководству для законодательных органов* и также будет обеспечено единообразие со сноской, добавленной к предыдущему проекту типового положения 42. С тем чтобы пояснить для принимающих государств значение понятия "настоятельного" характера публичных интересов, было предложено добавить сноску к подпункту *b)*, содержащую отсылку к соответствующему разделу *Руководства для законодательных органов*.

213. Рабочая группа согласилась с этими предложениями, одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора концессионером

214. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Концессионер не может прекратить концессионный договор, кроме как в следующих обстоятельствах:

a) в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа своих обязательств в связи с концессионным договором;

b) в случае, когда исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате действий организации-заказчика, непредвиденных изменений в условиях или действий других публичных органов и когда стороны не смогли договориться о соответствующем пересмотре концессионного договора".

215. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 64.

216. Было предложено изменить формулировку этого положения, в частности подпункта *b)*, для обеспечения соответствия тексту проекта типового положения 39 с внесенными поправками. Было сочтено, что новый текст должен особо четко отражать идею о том, что только концессионер имеет право прекратить концессионный договор в том случае, если все условия, содержащиеся в проекте типового положения 39 с внесенными поправками, соблюдены и если переговоры о соответствующем пересмотре концессионного договора не привели к результатам.

217. Была также предложена новая формулировка подпункта *b)* на том основании, что характер действий иных публичных органов, которые могут привести к возникновению права концессионера прекратить концессионный договор, определен нечетко. В ответ было отмечено, что эти действия аналогичны действиям, указанным в подпунктах *h)* и *i)* проекта типового положения 27. Для обеспечения ясности в этом отношении достаточно, таким образом, добавить перекрестную ссылку на эти положения в проект типового положения 44.

218. После обсуждения различных вариантов, включая поправки, в которых были заимствованы формулировки из проекта типового положения 39, было предложено после слова "действия" включить слова "или бездействие". Было также предложено исключить из формулировки "соответствующем пересмотре" слово "соответствующем", с тем чтобы не создавалось впечатления, будто бы согласованный пересмотр концессионного договора подлежит обжалованию в судебном порядке. Рабочая группа согласилась с этими предложениями.

219. С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора любой из сторон

220. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Любая из сторон имеет право прекратить концессионный договор в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны также имеют право прекратить концессионный договор по обоюдному согласию".

221. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 65.

222. Для обеспечения единообразия Рабочая группа решила заменить в третьей строке текста на английском языке слово "has" словами "shall have" и включить слово "shall" перед словами "also have".

223. Было предложено уточнить смысл слова "невозможным" за счет изменения формулировки этого положения, поскольку оно может быть истолковано как означающее постоянное или временное исполнение стороной своих обязательств по концессионному договору. Однако Рабочая группа не согласилась с этим предложением, поскольку было сочтено, что в *Руководстве для законодательных органов* существуют достаточно полные ориентиры для принимающих государств в отношении этого вопроса.

224. С учетом внесения этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения

Типовое положение 46. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения

225. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В концессионном соглашении оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного соглашения, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполненных по проектному соглашению, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль".

226. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 67.

227. Рабочая группа одобрила содержание проекта типового соглашения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 47. Этап завершения и меры в переходный период

228. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"В концессионном соглашении [могут устанавливаться] [устанавливаются], если это уместно, права и обязательства сторон в отношении:

a) механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;

b) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

c) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

d) продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику".

229. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 68 с учетом добавления подпункта *a)* в целях охвата всех вопросов, упоминаемых в пунктах 37–42 главы V *Руководства для законодательных органов*.

230. С учетом исключения в первом предложении слов "могут устанавливаться" и сохранения слова "устанавливаются" без квадратных скобок Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

V. Урегулирование споров

Типовое положение 48. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

231. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"Вариант A

Любые споры между организацией-заказчиком и концессионером урегулируются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном соглашении [в соответствии с законодательством принимающего государства].

Вариант B

Организация-заказчик имеет право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые могут возникнуть между сторонами концессионного соглашения, какие наилучшим образом отвечают потребностям проекта в области инфраструктуры".

232. Рабочая группа отметила, что предлагается два варианта проекта типового положения, преследующие цель отразить принцип, закрепленный в законодательной рекомендации 69.

233. Определенную поддержку получило предложение о сохранении варианта B, в котором, по мнению некоторых делегаций, адекватно подчеркивается необходимость принятия законодательного положения, предусматривающего свободу организации-заказчика в выборе механизмов урегулирования споров. Однако большинство отдало предпочтение исключению варианта B и сохранению варианта A с определенными коррективами.

234. Было отмечено, что после его принятия данный проект типового положения станет неотъемлемой частью законодательства принимающего государства. Поэтому содержащаяся в варианте A ссылка на другие законы принимающего государства была расценена как способная лишить смысла этот проект типового положения. Несмотря на широкую поддержку предложения об исключении из варианта A слов "в соответствии с законодательством принимающего государства", было указано на неуместность предположения о возможности игнорировать законы принимающего государства по данному вопросу, если таковые существуют. Было отмечено, что в законодательстве некоторых стран уже предусматриваются механизмы урегулирования споров, считающиеся вполне соответствующими потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Не следует препятствовать сторонам концессионного договора в выборе таких механизмов, когда они существуют. Однако, как представляется, в своей нынешней редакции вариант A предполагает необходимость создания самими сторонами надлежащих механизмов урегулирования споров в каждом отдельном случае.

235. Рассмотрев различные предложения по решению этих проблем, Рабочая группа согласилась исключить из варианта A слова "в соответствии с законодательством принимающего государства" и включить сноску к данному проекту типового положения, в которой бы говорилось, что принимающее государство может предусмотреть в своем законодательстве механизмы урегулирования споров, которые бы максимально отвечали потребностям про-

ектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

236. С учетом этих поправок Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 49. Споры с участием концессионера и его кредиторов, подрядчиков и поставщиков

237. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"1. Концессионер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой.

2. Концессионер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами".

238. Рабочая группа отметила, что в этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 70.

239. Рабочая группа согласилась поместить этот проект типового положения после проекта типового положения 50 и изменить название на "прочие споры". С учетом этих изменений Рабочая группа одобрила содержание проекта типового положения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

240. Был рассмотрен следующий текст проекта типового положения:

"[Когда концессионер предоставляет услуги населению или эксплуатирует объект инфраструктуры, доступный для населения, организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.]"

241. Было указано, что данный проект типового положения, предложенный для включения экспертами, с которыми Секретариат проводил консультации, помещен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не предлагала подготовить типовое положение в отношении законодательной рекомендации 71 (см. A/CN.9/505, пункт 174).

242. Рабочая группа заслушала выступления с выражением решительной поддержки сохранению этого проекта типового положения, которое было сочтено важным для текста законодательных положений, касающихся проектов в области инфраструктуры. Было указано, что в этом проекте типового положения подчеркивается потребность в надлежащих мерах для защиты прав пользователей общедоступных услуг и объектов инфраструктуры, которой отводится важное место во многих правовых системах.

243. Рабочая группа согласилась, таким образом, снять квадратные скобки, в которые был заключен проект типового положения, одобрила его содержание и передала на рассмотрение редакционной группы.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРОЕКТ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Предисловие

Нижеследующие типовые законодательные положения (далее в тексте –"типовые положения") были подготовлены Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в качестве дополнения к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников *(далее в тексте –* "Руководство для законодательных органов"*), которое было принято Комиссией в 2000 году. Цель типовых положений – оказать дальнейшую помощь национальным законодательным органам в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Пользователям рекомендуется читать типовые положения вместе с содержащимися в* Руководстве для законодательных органов *рекомендациями по законодательным вопросам и комментариями, в которых приводятся аналитические разъяснения финансовых, регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области.*

Типовые положения состоят из свода ключевых положений по вопросам, которые заслуживают внимания с точки зрения урегулирования в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Хотя большинство типовых положений связаны с конкретными законодательными рекомендациями, содержащимися в Руководстве для законодательных органов*, они не охватывают всего круга вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях. В частности, никаких специальных типовых положений не было подготовлено по административным или институциональным вопросам, как они, например, рассматриваются в законодательных рекомендациях 1 и 5–13.*

Предполагается, что типовые положения будут приниматься и дополняться с помощью правил, предусматривающих более подробное регулирование. Те области, в которых регулирование более уместно с помощью не законодательных, а иных нормативных актов, указываются соответствующим образом. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических, юридических и финансовых специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.

Следует отметить, что типовые положения не затрагивают другие области права, которые также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, но по которым в Руководстве для законодательных органов *не приводится каких-либо специальных законодательных рекомендаций. К таким другим областям правового регулирования относятся, например, содействие инвестированию и защита инвестиций, право собственности, обеспечительные интересы, правила и процедуры приобретения частной собственности в принудительном порядке, общее правовое регулирование вопросов, относящихся к договорам, правила по правительственным контрактам, а также административное право, налоговое право, законодательство о защите окружающей среды и защите потребителей.*

Для простоты использования типовые положения разбиты на разделы и снабжены заголовками, которые в максимальной степени приближены к названиям соответствующих разделов и законодательных рекомендаций в Руководстве для законодательных органов. *Однако в целях обеспечения последовательности изложения применительно ко всем типовым положениям некоторые заголовки и названия были добавлены, а некоторые первоначальные заголовки и названия были изменены, с тем чтобы отразить содержание типовых положений, к которым они относятся.*

Типовое положение 1. Преамбула

*[*см. рекомендацию 1 и главу I, пункты 2–14*]*

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить благоприятные законодательные основы для поощрения и облегчения осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при принятии решений о заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры;

[*другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство*],

принимает нижеследующий закон:

Типовое положение 2. Определения

*[*см. "Введение", пункты 9–20*]*

Для целей настоящего закона:

a) "объект инфраструктуры" означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно участвуют в предоставлении услуг населению;

b) "проект в области инфраструктуры" означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры;

c) "организация-заказчик" означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные договоры для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][a];

d) "концессионер" означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному договору, заключенному с организацией-заказчиком;

e) "концессионный договор" означает взаимообязывающее соглашение или соглашения, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры;

f) "*участник процедур*" и "*участники процедур*" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с проектом в области инфраструктуры[b];

g) "*незапрошенное предложение*" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора;

h) "*регулирующее учреждение*" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[c].

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные договоры

*[*см. рекомендацию 2 и главу I, пункты 15–18*]*

Полномочиями заключать концессионные договоры в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции обладают следующие публичные органы[d]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы своей страны, которые могут заключать концессионные договоры, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][e].

---

[a] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концессионные договоры. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

[b] Термины "участник процедур" или "участники процедур" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[c] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53).

[d] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо специальных форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[e] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные договоры, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие договоры, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

*[*см. рекомендацию 4 и главу I, пункты 19–22*]*

Концессионные договоры могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][f].

II. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

*[*см. рекомендацию 14 и главу III, пункты 1–33*]*

Выбор концессионера осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–26*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры принятия решений о заключении правительственных контрактов*][g].

1. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ОТБОР УЧАСТНИКОВ ПРОЦЕДУР

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

*[*см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–50*]*

1. Организация-заказчик проводит процедуры предварительного отбора с целью выявления участников процедур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры.

2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*].

3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][h], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация:

a) описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать;

b) указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей пользователей или тарифов или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий);

c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного договора, который должен быть заключен;

d) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок; и

e) способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора.

4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][i], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация:

a) критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*];

b) намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*];

c) намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[j] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников;

d) намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 29*].

---

[f] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[g] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для принятия решений о заключении правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года (далее в тексте – "Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Проекты типовых положений исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для принятия решений о заключении правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это относится, например, к следующим вопросам: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение и процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к положениям Типового закона о закупках, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемые практические элементы процедур отбора.

[h] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

[i] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[j] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям–заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску *m*.

5. Применительно к вопросам, не урегулированным в настоящем [*типовом положении*], процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][k].

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

*[*см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–40, 43 и 44*]*

С тем чтобы выполнить условия для участия в процедурах отбора, заинтересованные участники процедур должны подтвердить, что они удовлетворяют объективно оправданным критериям[l], которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующим конкретным процедурам, как они указаны в документации для предварительного отбора. Эти критерии включают как минимум следующее:

a) надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, включая проектно-конструкторские, строительные и эксплуатационные работы, а также работы по материально-техническому обслуживанию;

b) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и возможности по удовлетворению его финансовых потребностей;

c) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутация и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации аналогичных объектов инфраструктуры.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

*[*см. рекомендацию 16 и главу III, пункты 41 и 42*]*

1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам.

2. Если иное [не разрешено … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[m]. Нарушение этого правила приводит к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.

3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик принимает во внимание индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

*[*см. рекомендации 17 (применительно к пункту 2) и 25 (применительно к пункту 3) и главу III, пункты 47–50*]*

1. Организация-заказчик принимает решение в отношении квалификационных данных каждого участника процедур, представившего заявку на предварительный отбор. При принятии этого решения организация-заказчик применяет только те критерии, которые изложены в документации для предварительного отбора. Затем всем прошедшим предварительный отбор участникам процедур организация-заказчик направляет приглашение представить предложения в соответствии с [*типовыми положениями 10–16*].

2. Независимо от пункта 1 организация-заказчик может, при условии что она сделала с этой целью соответствующее заявление в документации для предварительного отбора, сохранить за собой право запросить, после завершения процедур предварительного отбора, предложения только у ограниченного числа[n] участников процедур, которые наилучшим образом удовлетворяют критериям предварительного отбора. С этой целью организация-заказчик выставляет оценки участникам процедур, удовлетворяющим критериям предварительного отбора, на основе критериев, примененных для оценки их квалификационных данных, и составляет список участников процедур, которые по завершении процедур предварительного отбора будут приглашены представить предложения. При составлении этого списка организация-заказчик применяет только ту систему оценок, которая была изложена в документации для предварительного отбора.

2. ПРОЦЕДУРА ЗАПРОСА ПРЕДЛОЖЕНИЙ

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

*[*см. рекомендации 18 и 19 и главу III, пункты 51–58*]*

1. Организация-заказчик предоставляет пакет из запроса предложений и связанной с ним документации, подготовленной в соответствии с [*типовым положением 11*], каждому прошедшему предварительный отбор участнику процедур, внесшему плату, если таковая взимается, за эту документацию.

2. Независимо от вышеуказанного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик считает невозможным описать в за-

---

[k] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в статье 7 Типового закона о закупках, пункты 2–7.

[l] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность представления определенного преференциального режима для национальных предприятий или же специального режима для участников процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Различные вопросы, связанные с национальными преференциями, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 43 и 44). В *Руководстве для законодательных органов* высказывается мнение, что страны, которые пожелают обеспечить определенные стимулы для национальных поставщиков, могут применять подобные преференции в форме специальных критериев оценки, а не в форме прямого исключения иностранных поставщиков. В любом случае, если предусматриваются национальные преференции, то о них следует объявлять заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

[m] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний.

[n] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). В *Руководстве для законодательных органов* рассматривается способ обеспечения такого количества участников процедур при помощи систем оценок (в особенности систем количественных оценок) (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 48). Следует отметить, что системы оценок используются исключительно для цели предварительного отбора участников процедур. Оценки участников процедур, прошедших предварительный отбор, не должны учитываться на этапе оценки предложений (см. типовое положение 15), на котором исходное положение всех участников процедур, прошедших предварительный отбор, должно быть равным.

просе предложений характеристики проекта, такие как проектные спецификации, эксплуатационные показатели, финансовые механизмы или договорные условия, настолько подробно и четко, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения.

3. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения:

a) в первоначальный запрос предложений включается призыв к участникам процедур представить на первом этапе процедуры первоначальные предложения, касающиеся проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, а также основных договорных условий, предложенных организацией-заказчиком[o];

b) организация-заказчик может проводить встречи и обсуждения с любыми участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений или первоначальных предложений и сопровождающей их документации, представленной участниками процедур. Организация-заказчик составляет протокол любой такой встречи или обсуждения с указанием заданных вопросов и разъяснений, предоставленных организацией-заказчиком;

c) после изучения полученных предложений организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальный запрос предложений, исключив или изменив любой аспект первоначальных проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в первоначальном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 25*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается в приглашении представить окончательные предложения;

d) на втором этапе процедур организация-заказчик приглашает участников процедур представить окончательные предложения в отношении единого свода проектных спецификаций, эксплуатационных показателей или договорных условий в соответствии с [*типовыми положениями 11–16*].

Типовое положение 11. Содержание запроса предложений

*[*см. рекомендацию 20 и главу III, пункты 59–70*]*

В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания запроса предложений*][p], в окончательный запрос предложений включается как минимум следующая информация:

a) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений[q];

b) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды[r];

c) предлагаемые организацией-заказчиком договорные условия, включая указания на то, какие условия не могут считаться предметом переговоров;

d) критерии оценки предложений и минимальные показатели, если таковые имеются, установленные организацией-заказчиком для определения предложений, не отвечающих формальным требованиям; относительное значение, придаваемое каждому из критериев оценки, и порядок применения этих критериев и минимальных показателей при оценке и отклонении предложений.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

*[*см. главу III, пункт 62*]*

1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения.

2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[s]:

a) отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока;

b) неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*пункту 1 типового положения 16*];

c) неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 16*];

d) неспособность подписать концессионный договор после принятия предложения, если этого требует организация-заказчик;

e) неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного договора после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания концессионного договора.

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

*[*см. рекомендацию 21 и главу III, пункты 71 и 72*]*

Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор любого элемента окончательного запроса предложений, как это предусматривается в [*типовом положении 11*], и, в случае необходимости, пересмотреть его. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 25*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений.

---

[o] Во многих случаях, особенно в связи с новыми видами проектов, организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать на данном этапе подробный проект предусматриваемых ею договорных условий. Кроме того, организация-заказчик может счесть предпочтительным такой порядок, при котором подобные условия будут разрабатываться только после проведения первого раунда консультаций с прошедшими предварительный отбор участниками процедур. В любом случае для организации-заказчика будет, однако, важно предоставить на данном этапе определенную информацию с указанием ключевых условий концессионного договора, в частности предусматриваемого по этому договору способа распределения связанных с проектом рисков между сторонами. Если вопрос о таком распределении договорных прав и обязательств будет оставлен полностью открытым до представления окончательного запроса предложений, то появляется опасность того, что участники процедур будут стремиться к минимизации принимаемых на себя рисков, что может воспрепятствовать достижению цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 67–70, а также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29).

[p] Перечень элементов, обычно включаемых в запрос предложений применительно к услугам, можно найти в статье 38 Типового закона о закупках.

[q] Перечень элементов, которые должны быть включены, можно найти в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 61 и 62.

[r] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 64–66.

[s] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках.

Типовое положение 14. Критерии оценки

*[*см. рекомендации 22 и 23 и главу III, пункты 73–77*]*

1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[t] включают как минимум следующее:

a) техническую обоснованность;

b) соблюдение экологических стандартов;

c) оперативную осуществимость;

d) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.

2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[u] включают, если это уместно, следующее:

a) текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;

b) текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*];

e) обоснованность предлагаемых финансовых механизмов;

f) степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров;

g) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

*[*см. рекомендацию 24 и главу III, пункты 78–82*]*

1. Организация-заказчик проводит сопоставление и оценку каждого предложения в соответствии с критериями оценки, относительным значением, придаваемым каждому из этих критериев, и порядком оценки, изложенным в запросе предложений.

2. Для целей пункта 1 организация-заказчик может устанавливать минимальные уровни требований в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов. Предложения, не достигшие минимальных уровней, рассматриваются в качестве не отвечающих формальным требованиям и исключаются из процедур отбора[v].

Типовое положение 15 bis. Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев

*[*см. рекомендацию 25 и главу III, пункты 78–82*]*

Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса[w].

Типовое положение 16. Заключительные переговоры

*[*см. рекомендации 26 и 27 и главу III, пункты 83 и 84*]*

1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному договору участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.

2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного договора, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока этот участник процедур не подготовит приемлемой для организации-заказчика оферты, она прекращает переговоры с таким участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного договора или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта.

3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ КОНЦЕССИОННЫХ ДОГОВОРОВ БЕЗ ПРОВЕДЕНИЯ КОНКУРЕНТНЫХ ПРОЦЕДУР

Типовое положение 17. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

*[*см. рекомендацию 28 и главу III, пункт 89*]*

При условии утверждения … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*][x] организация-заказчик упол-

---

[t] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[u] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77.

[v] В этом типовом положении предлагается пример процесса оценки, который организация-заказчик, возможно, пожелает применить с целью сопоставления и оценки предложений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Альтернативные процедуры оценки описываются в *Руководстве для законодательных органов* в пунктах 79–82 главы III "Выбор концессионера"; речь идет, например, о двухэтапных процедурах оценки или о системе двух конвертов. В отличие от процесса, предусматриваемого в данном типовом положении, процедуры, описанные в *Руководстве для законодательных органов*, направлены на то, чтобы предоставить организации-заказчику возможность проводить сопоставление и оценку нефинансовых критериев отдельно от финансовых критериев, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость относительно этапа оценки в рамках процедур отбора, принимающему государству рекомендуется изложить в своем законодательстве те процедуры оценки, которые организация-заказчик может использовать для сопоставления и оценки предложений, и подробно регламентировать применение таких процедур.

[w] В случаях, когда проводились предквалификационные процедуры, должны применяться те же критерии, что и критерии, использовавшиеся при предквалификационных процедурах.

[x] Причина обусловливания принятия решения о заключении концессионного договора без проведения конкурентных процедур утверждением вышестоящего органа заключается в необходимости обеспечения того, чтобы организация-заказчик проводила прямые переговоры с участниками процедур только в надлежащих обстоятельствах (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 85–96). В силу этого в данном типовом положении принимающему государству предлагается указать соответствующий орган, компетентный разрешать проведение переговоров во всех случаях, оговоренных в типовом положении. В то же время принимающее государство может предусмотреть различные требования к утверждению для каждого из подпунктов данного типового положения. В некоторых случаях принимающее государство может, например, предусмотреть, что полномочия на проведение таких переговоров непосредственно вытекают из законодательства. В других случаях принимающее государство может обусловить проведение переговоров утверждением различных вышестоящих органов в зависимости от характера услуг, которые предполагается предоставлять, или от соответствующего сектора инфраструктуры. В подобных случаях принимающему государству, возможно, потребуется адаптировать текст типового положения к этим требованиям утверждения путем добавления соответствующего требования утверждения в надлежащий подпункт или путем добавления ссылки на положения законодательства, в которых подобные требования устанавливаются.

номочивается проводить переговоры по концессионному договору без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], в следующих случаях:

a) когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], было бы практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика;

b) когда речь идет о краткосрочных проектах и объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает суммы [в …] [*принимающее государство оговаривает денежный предел*]] [установленной в …] [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, в которых оговаривается денежный предел, до достижения которого подряды на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут выдаваться без проведения конкурентных процедур*][y];

c) когда проект связан с национальной обороной или национальной безопасностью;

d) когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника, например, когда для предоставления услуги требуется использование прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат определенному лицу или лицам или которыми обладает такое лицо или лица;

e) в случае представления незапрошенных предложений, которые подпадают под действие [*типового положения 22*];

f) когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений представлено не было или все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового приглашения к участию в процедурах предварительного отбора или нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект в течение требуемого срока[z];

g) другие случаи, когда [*принимающее государство указывает надлежащий орган*] разрешает прибегнуть к такому исключению по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами[aa].

Типовое положение 18. Процедуры переговоров по концессионному договору

*[*см. рекомендацию 29 и главу III, пункт 90*]*

В тех случаях, когда переговоры по концессионному договору ведутся без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], организация-заказчик[bb]:

a) за исключением концессионных договоров, заключаемых согласно [*подпункту c) типового положения 17*], обеспечивает публикацию уведомления о своем намерении начать переговоры в отношении концессионного договора в соответствии с [*принимающее государство указывает любые соответствующие положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений*];

b) проводит переговоры с настолько широким кругом лиц, которые, по ее мнению, способны[cc] осуществить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

c) устанавливает критерии оценки, при использовании которых предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок.

4. НЕЗАПРОШЕННЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ[dd]

Типовое положение 19. Приемлемость незапрошенных предложений

*[*см. рекомендацию 30 и главу III, пункты 97–109*]*

В порядке исключения из применения [*типовых положений 6–16*] организация-заказчик[ee] уполномочивается рассматривать незапрошенные предложения в соответствии с процедурами, изложенными в [*типовых положениях 20–22*], при условии что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

Типовое положение 20. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

*[*см. рекомендации 31 и 32 и главу III, пункты 110–112*]*

1. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик незамедлительно информирует представившую его сторону о том, рассматривается ли проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам[ff].

---

[y] В качестве альтернативы исключению, предусматриваемому в подпункте *b)*, принимающее государство может рассмотреть вопрос о разработке упрощенной процедуры для запроса предложений в связи с проектами, не достигающими установленного предела, например, путем применения процедур, описанных в статье 48 Типового закона о закупках.

[z] Принимающее государство, возможно, пожелает установить требование, чтобы организация-заказчик включала в отчет, который должен быть подготовлен согласно [*типовому положению 25*], краткое изложение результатов переговоров и указание на ту степень, в которой эти результаты отличаются от проектных спецификаций и договорных условий, изложенных в первоначальном запросе предложений, и на причины этого.

[aa] Принимающие государства, которые считают желательным установить порядок, предусматривающий разрешение использовать процедуры переговоров на специальной основе, возможно, пожелают сохранить подпункт *g)* при принятии данного типового положения. Принимающие государства, желающие ограничить исключения из конкурентных процедур отбора, могут, в свою очередь, отдать предпочтение исключению этого подпункта. В любом случае для целей обеспечения прозрачности принимающее государство, возможно, пожелает указать в этом или другом месте типового положения иные исключения, допускающие использование процедур переговоров, если таковые могут предусматриваться согласно специальному законодательству.

[bb] Ряд элементов, позволяющих усилить прозрачность при переговорах, проводимых согласно данному типовому положению, рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 90–96.

[cc] Принимающие государства, желающие усилить прозрачность применительно к использованию процедур переговоров, могут с помощью специальных правил установить квалификационные критерии, которым должны удовлетворять лица, приглашенные к участию в переговорах согласно [*типовым положениям 17 и 18*]. Возможные квалификационные критерии указываются в [*типовом положении 7*].

[dd] Программные соображения относительно преимуществ и недостатков незапрошенных предложений рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 98–100. Государства, желающие разрешить организациям-заказчикам рассматривать подобные предложения, возможно, пожелают обратиться к процедурам, изложенным в типовых положениях 22–24.

[ee] Данное типовое положение исходит из того, что полномочия на рассмотрение незапрошенных предложений будут принадлежать организации-заказчику. Однако в зависимости от системы регулирования в принимающем государстве ответственность за работу с незапрошенными предложениями или за рассмотрение, например, вопроса о том, отвечает ли незапрошенное предложение публичным интересам, может лежать на ином органе, чем организация-заказчик. В подобном случае принимающему государству следует внимательно рассмотреть порядок, с помощью которого, возможно, потребуется обеспечить координацию функций такого органа и функций организации-заказчика (см. сноски 1, 3 и 23, а также источники, на которые в них даны ссылки).

[ff] Определение того, отвечает ли предложенный проект публичным интересам, предполагает тщательную оценку потенциальных выгод для общества, предлагаемых проектом, а также его связи с правительственной политикой в соответствующем секторе инфраструктуры. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость процедур определения приемлемости незапрошенных предложений, принимающему государству было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в правилах или других документах руководящие указания относительно критериев, которые будут использоваться для определения соответствия незапрошенных предложений публичным интересам и которые могут включать критерии для оценки уместности договорных решений и разумности предлагаемого распределения рисков, связанных с проектом.

2. Если проект сочтен потенциально отвечающим публичным интересам согласно пункту 1, организация-заказчик приглашает сторону, представившую предложение, представить настолько подробную информацию о предлагаемом проекте, насколько это является возможным на этом этапе, с тем чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить квалификационные данные этой стороны[gg] и техническую и экономическую осуществимость проекта, а также определить вероятность успешной реализации проекта в предложенном порядке и на условиях, приемлемых для организации-заказчика. С этой целью сторона, предложившая проект, представляет технико-экономическое обоснование, исследование экологического воздействия и достаточную информацию относительно концепций или технологий, предусматриваемых в предложении.

3. При рассмотрении незапрошенного предложения организация-заказчик уважает интеллектуальную собственность, коммерческую тайну или другие исключительные права, воплощенные в предложении, вытекающие из него или упомянутые в нем. В силу этого организация-заказчик не использует информации, предоставленной стороной, предложившей проект, или от ее имени в связи с ее незапрошенным предложением, в иных целях, чем оценка предложения, кроме как с согласия этой стороны. Если иное не согласовано сторонами, организация-заказчик в случае отклонения предложения возвращает стороне, предложившей проект, оригиналы и любые копии документов, которые были представлены и подготовлены этой стороной на протяжении всей процедуры.

Типовое положение 21. Незапрошенные предложения, которые не связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

*[*см. рекомендацию 33 и главу III, пункты 113 и 114*]*

1. За исключением обстоятельств, изложенных в [*типовом положении 17*], организация-заказчик, если она принимает решение об осуществлении проекта, начинает процедуры отбора в соответствии с [*типовыми положениями 6–16*], если организация-заказчик сочтет, что:

a) предполагаемая отдача проекта может быть достигнута без использования интеллектуальной собственности, коммерческой тайны или других исключительных прав, которые принадлежат стороне, представившей предложение, или которыми она обладает; и

b) предложенная концепция или технология в действительности не является уникальной или новой.

2. Сторона, представившая предложение, приглашается к участию в процедурах отбора, начатых организацией-заказчиком в соответствии с пунктом 1, и ей могут быть предоставлены стимулы или аналогичные льготы в порядке, описанном организацией-заказчиком в запросе предложений, за подготовку и представление предложения.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

*[*см. рекомендации 34 и 35 и главу III, пункты 115–117*]*

1. Если организация-заказчик установит, что условия, предусматриваемые в [*пунктах 1 a) и b) типового положения 21*], не соблюдены, то от нее не требуется проведения процедур отбора согласно [*типовым положениям 6–16*]. Однако организация-заказчик может попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением в соответствии с положениями, изложенными в пунктах 2–4[hh].

2. Когда организация-заказчик намеревается получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением, она публикует описание основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить предложения в течение [разумного срока] [*принимающее государство указывает определенный конкретный срок*].

3. Если предложений в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, в течение [разумного срока] [срока, оговоренного в пункте 2, выше] получено не было, организация-заказчик может начать переговоры со стороной, представившей первоначальное предложение.

4. Если организация-заказчик получает предложения в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, она приглашает представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями, изложенными в [*типовом положении 18*]. В случае, если организация-заказчик получает достаточно большое число предложений, которые, как это представляется prima facie, удовлетворяют ее потребностям в области инфраструктуры, организация-заказчик обращается с запросом о представлении предложений согласно [*типовым положениям 10–16*] с учетом любых стимулов или иных льгот, которые могут быть предоставлены лицу, представившему незапрошенное предложение, в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 21*].

5. РАЗНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Типовое положение 23. Конфиденциальность переговоров

*[*см. рекомендацию 36 и главу III, пункт 118*]*

Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 16, 17 и 18 или пункту 3 типового положения 22*] являются конфиденциальными. За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда, ни одна из сторон переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсуждениями, сообщениями и переговорами согласно вышеупомянутым положениям, без согласия на то другой стороны.

Типовое положение 24. Уведомление о принятии решения заключить договор

*[*см. рекомендацию 37 и главу III, пункт 119*]*

За исключением концессионных договоров, решение о заключении которых принимается согласно [*подпункту c) типового положения 17*], организация-заказчик обеспечивает публикацию уведомления о принятии решения заключить договор в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений о принятии решений заключить договор*]. В уведомление включаются указание концессионера и резюме основных условий концессионного договора.

[gg] Принимающее государство, возможно, пожелает предусмотреть в своих правилах квалификационные критерии, удовлетворение которых может требоваться от стороны, предложившей проект. Элементы, которые следует принимать во внимание с этой целью, указываются в [*типовом положении 7*].

[hh] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии специальной процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, подпадающих под действие данного типового положения; такая процедура может, mutatis mutandis, строиться на основе процедуры запроса предложений, изложенной в статье 48 Типового закона о закупках.

Типовое положение 25. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор

*[*см. рекомендацию 38 и главу III, пункты 120–126*]*

Организация-заказчик ведет надлежащую отчетность, в которую включается информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения заключить договор, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о публичных закупках, регулирующие вопросы ведения отчетности о процедурах закупок*][ii].

Типовое положение 26. Процедуры обжалования

*[*см. рекомендацию 39 и главу III, пункты 127–131*]*

Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия или бездействие организации-заказчика в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы обжалования решений, вынесенных в рамках процедур закупки*][jj].

III. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

Типовое положение 27. Содержание концессионного договора

*[*см. рекомендацию 40 и главу IV, пункты 1–11*]*

В концессионном договоре регулируются такие вопросы, которые стороны считают уместными, например следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, а также услуг, которые должны быть предоставлены концессионером [*см. пункт 1 главы IV*];

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному договору [*см. рекомендацию 5*];

c) помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 6*];

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с [*типовым положением 29*] [*см. рекомендацию 42 и проект типового положения 29*];

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 30–32*] [*см. рекомендации 44 и 45 и проекты типовых положений 30–32*];

f) вознаграждение концессионера, будь то в виде тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки любых таких тарифов или сборов; и платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом [*см. рекомендации 46 и 48*];

g) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры [*см. рекомендацию 52*];

h) объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях [*см. рекомендацию 53 и проект типового положения 37*];

i) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями [*см. подпункт b) рекомендации 54*];

j) объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях [*см. подпункт a) рекомендации 54*];

k) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i)*, выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер [*см. главу IV, пункты 73–76*];

l) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами [*см. рекомендацию 56*];

m) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры [*см. подпункты a) и b) рекомендации 58*];

n) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон [*см. подпункт e) рекомендации 58*];

o) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном договоре, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля [*см. подпункт d) рекомендации 58*];

p) срок действия концессионного договора и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении [*см. рекомендацию 61*];

q) способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 46*] [*см. рекомендацию 67*];

r) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером [*см. рекомендации 41 и 69 и проекты положений 28 и 48*].

[ii] Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках. Если подобные вопросы недостаточно урегулированы в законодательстве принимающего государства, то ему следует принять соответствующие законы или правила.

[jj] Элементы для создания надлежащей системы обжалования рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 127–131. Они также содержатся в главе VI Типового закона о закупках. Если законодательство принимающего государства не предусматривает подобной надлежащей системы обжалования, то ему следует рассмотреть вопрос о принятии соответствующих законов.

Типовое положение 28. Применимое право

*[*см. рекомендацию 41 и главу IV, пункты 5–8*]*

Концессионный договор регулируется законодательством принимающего государства, если иное не предусмотрено в концессионном договоре[kk].

Типовое положение 29. Организационное устройство концессионера

*[*см. рекомендации 42 и 43 и главу IV, пункты 12–18*]*

Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии, что заявление об этом было включено в документацию для предварительного отбора или в запрос предложений, если это уместно. В концессионном договоре оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы.

Типовое положение 30. Собственность на активы[ll]

*[*см. рекомендацию 44 и главу IV, пункты 20–26*]*

В концессионном договоре оговаривается, если это уместно, какие активы находятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности концессионера. В концессионном договоре указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям:

a) активы, если таковые имеются, которые концессионер должен возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями концессионного договора;

b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у концессионера; и

c) активы, если таковые имеются, которые концессионер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении концессионного договора.

Типовое положение 31. Приобретение прав, связанных со строительной площадкой

*[*см. рекомендацию 45 и главу IV, пункты 27–29*]*

1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями концессионного договора предоставляет в распоряжение концессионера или, если это уместно, оказывает концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, включая право собственности, какие могут быть необходимы для осуществления проекта.

2. Любое приобретение земельного участка, который может потребоваться для выполнения проекта, в принудительном порядке осуществляется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы приобретения частной собственности публичными органами в принудительном порядке в публичных интересах*].

Типовое положение 32. Сервитуты[mm]

*[*см. рекомендацию 45 и главу IV, пункт 30*]*

[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании-поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами*].

Типовое положение 33. Финансовые механизмы

*[*см. рекомендацию 46 и главу IV, пункты 33–51*]*

Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном договоре предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением][nn].

[kk] Вопрос о том, могут ли стороны концессионного договора избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах по-разному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 5–8), в некоторых странах концессионные договоры могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проекта в области инфраструктуры (в общем плане см. *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", раздел B).

[ll] Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичными предприятиями объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47–53). Эти общие программные решения обычно определяют подход к законодательному регулированию вопросов собственности на связанные с проектами активы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 20–26). Независимо от общей или секторальной политики, проводимой принимающей страной, режим собственности на различные активы, связанные с проектом, должен быть четко определен и основываться на достаточных законодательных полномочиях. В этих вопросах необходима ясность, поскольку предусматриваемые решения будут непосредственно затрагивать способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансирования проекта (там же, пункты 52–61). С учетом гибких подходов, используемых в различных правовых системах, в данном типовом положении не предусматривается безоговорочной передачи всех активов организации-заказчику, а допускается возможность проведения различия между активами, которые должны быть переданы организации-заказчику, активами, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору, и активами, которые остаются в частной собственности концессионера по истечении или прекращении концессионного договора или в какой-либо другой момент.

[mm] Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим концессионером или может быть приобретено публичным органом в принудительном порядке одновременно с приобретением строительной площадки. Несколько иной альтернативный вариант может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 30–32). Цель альтернативных формулировок, предложенных в квадратных скобках в начале текста типового положения, состоит в том, чтобы отразить эти варианты.

[nn] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, во многих странах рамки регулирования предоставления общедоступных

Типовое положение 34. Обеспечительные интересы

*[*см. рекомендацию 49 и главу IV, пункты 52–61*]*

1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном договоре[oo], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:

a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах;

b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.

2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, в тех случаях когда создание такого обеспечения запрещается законом [*принимающего государства*].

Типовое положение 35. Уступка концессионного договора

*[*см. рекомендацию 50 и главу IV, пункты 62 и 63*]*

Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 34*], права и обязательства концессионера согласно концессионному договору не могут быть уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному договору, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги.

Типовое положение 36. Передача контрольного пакета[pp] акций компании-концессионера

*[*см. рекомендацию 51 и главу IV, пункты 64–68*]*

Если иное не предусмотрено в концессионном договоре, контрольный пакет акций компании-концессионера не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие.

Типовое положение 37. Эксплуатация инфраструктуры

*[*см. рекомендацию 53 и главу IV, пункты 80–93 (применительно к пункту 1) и рекомендацию 55 и главу IV, пункты 96 и 97 (применительно к пункту 2)*]*

1. В концессионном договоре устанавливается, если это уместно, объем обязательств концессионера по обеспечению:

a) приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее;

b) непрерывности предоставления услуги;

c) предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;

d) недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

2. Концессионер имеет право вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Типовое положение 38. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

*[*см. подпункт *c)* рекомендации 58 и главу IV, пункты 122–125*]*

В концессионном договоре устанавливается объем, в котором концессионер имеет право на компенсацию, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возрастут или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократится по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги.

Типовое положение 39. Пересмотр концессионного договора

*[*см. подпункт *c)* рекомендации 58 и главу IV, пункты 126–130*]*

1. Без ущерба для [*типового положения 38*] в концессионном договоре далее устанавливается объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

a) изменений в экономических или финансовых условиях; или

b) изменений в законодательстве или правилах, непосредственно не затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги;

при условии, что экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения:

a) происходят после заключения контракта;

b) происходят вне сферы контроля концессионера; и

c) носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного договора, или избежать, или преодолеть их последствия.

2. В концессионном договоре устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного договора после наступления любых таких изменений.

услуг включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг и требуют, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46).

[oo] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры.

[pp] Понятие "контрольный пакет" обычно подразумевает полномочия назначать администрацию корпорации и оказывать влияние на ее коммерческие операции или определять такие операции. В различных правовых системах или даже в различных сводах правовых положений в рамках одной и той же правовой системы могут применяться разные критерии, начиная от формальных критериев признания контрольным пакетом наличия такой ситуации, когда в собственности какого-либо лица находится определенное количество акций (обычно более 51 процента), рассчитанное исходя из общей совокупности голосов, принадлежащих всем классам акций какой-либо корпорации, и до более сложных критериев, учитывающих фактическую управленческую структуру корпорации. Принимающим государствам, в которых отсутствует законодательное определение понятия "контрольного пакета", возможно, потребуется определить этот термин в правилах, принимаемых во исполнение данного типового положения.

Типовое положение 40. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

*[*см. рекомендацию 59 и главу IV, пункты 143–146*]*

В обстоятельствах, указанных в концессионном договоре, организация–заказчик имеет право временно взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации–заказчика.

Типовое положение 41. Замена концессионера

*[*см. рекомендацию 60 и главу IV, пункты 147–150*]*

Организация-заказчик может согласовать с субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного договора в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного договора, или возникновения иных аналогичных обстоятельств[qq].

IV. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА

1. СРОК ДЕЙСТВИЯ И ПРОДЛЕНИЕ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА

Типовое положение 42. Срок действия и продление концессионного договора

*[*см. рекомендацию 62 и главу V, пункты 2–8*]*

1. Срок действия концессионного договора, как он оговорен в соответствии с [*подпунктом p) типового положения 27*], не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств:

a) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон;

b) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов; или

c) [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*][rr].

2. Кроме того, срок действия концессионного договора может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном договоре, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально установленного срока.

2. ПРЕКРАЩЕНИЕ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА

Типовое положение 43. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

*[*см. рекомендацию 63 и главу V, пункты 14–27*]*

Организация-заказчик может прекратить концессионный договор:

a) в случае, когда она более не может разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;

b) в силу [настоятельных][ss] причин, связанных с публичными интересами, при условии выплаты компенсации концессионеру в порядке, согласованном в концессионном договоре;

c) [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*].

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора концессионером

*[*см. рекомендацию 64 и главу V, пункты 28–33*]*

Концессионер не может прекратить концессионный договор, кроме как в следующих обстоятельствах:

a) в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа их обязательств в связи с концессионным договором;

b) если условия для пересмотра концессионного договора согласно [*пункту 1 типового положения 39*] соблюдены, однако стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора; или

c) если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась в результате действий или бездействия организации–заказчика или других публичных органов, таких как те, о которых говорится в [*подпунктах h) и i) типового положения 27*], и стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора.

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора любой из сторон

*[*см. рекомендацию 65 и главу V, пункты 34 и 35*]*

Любая из сторон имеет право прекратить концессионный договор в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны также имеют право прекратить концессионный договор по обоюдному согласию.

3. МЕХАНИЗМЫ ПО ИСТЕЧЕНИИ ИЛИ ПРЕКРАЩЕНИИ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА

Типовое положение 46. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

*[*см. рекомендацию 67 и главу V, пункты 43–49*]*

В концессионном договоре оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного договора, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполнен-

---

[qq] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного договора (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны, возможно, пожелают обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика.

[rr] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о возможности разрешения продлевать, на основе согласия сторон, концессионный договор в соответствии с его условиями по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами.

[ss] [Возможные ситуации, когда возникают настоятельные причины, связанные с публичными интересами, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 27.]

ных по концессионному договору, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль.

Типовое положение 47. Этап завершения и меры в переходный период

*[*см. рекомендацию 68 и главу V, пункты 50–62*]*

В концессионном договоре устанавливаются, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении:

a) механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;

b) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

c) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника по вопросам эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

d) продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

V. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ

Типовое положение 48. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

*[*см. рекомендацию 69 и главу VI, пункты 3–41*]*

Любые споры между организацией-заказчиком и концессионером разрешаются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном договоре[ff].

Типовое положение 49. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

*[*см. рекомендацию 71 и главу VI, пункты 43–45*]*

Когда концессионер предоставляет услуги населению или эксплуатирует объект инфраструктуры, доступный для населения, организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.

Типовое положение 50. Другие споры

*[*см. рекомендацию 70 и главу VI, пункт 42*]*

1. Концессионер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой.

2. Концессионер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами.

[ff] Принимающее государство может предусмотреть в своем законодательстве также механизмы урегулирования споров, которые наилучшим образом приспособлены к потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

A/CN.9/WG.I/WP.29

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на ее пятой сессии: проект добавления к *Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*

(A/CN.9/WG.I/WP.29 и Add.1 и 2)
[Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	*Стр.*
I.	ВВЕДЕНИЕ	1–9	91
II.	ПРОЕКТ ДОБАВЛЕНИЯ К *РУКОВОДСТВУ ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ:* ПРОЕКТЫ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ	10–67	92
	A. Общие положения	11–16	92
	B. Выбор концессионера	17–49	93
	C. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры	50–61	95
	D. Срок действия, продление и прекращение концессионного соглашения	62–64	97
	E. Урегулирование споров	65–67	97

		Пункты	Стр.
III.	ВОПРОСЫ, НЕ ОХВАЧЕННЫЕ В ПРОЕКТАХ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ	68–82	97
A.	Вопросы, рассматриваемые в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	68–73	97
B.	Вопросы, рассматриваемые в главе II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	74–76	98
C.	Вопросы, рассматриваемые в главе IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	77–81	98
D.	Вопросы, рассматриваемые в главе V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	82	99

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 12 июня – 7 июля 2000 года) Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) приняла *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, содержащее рекомендации по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.9) с изменениями, принятыми Комиссией на данной сессии, и комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.1–8), разработку которых Секретариату было поручено завершить с учетом итогов работы Комиссии[1]. *Руководство для законодательных органов* было опубликовано на всех официальных языках в 2001 году.

2. На этой же сессии Комиссия рассмотрела также предложение в отношении будущей работы в этой области. Было высказано предположение, что, хотя *Руководство для законодательных органов* может оказаться полезным справочным документом для законодателей различных стран при разработке правовых основ, благоприятствующих частным инвестициям в публичную инфраструктуру, было бы тем не менее желательно, чтобы Комиссия разработала более конкретные рекомендации в форме типовых законодательных положений или даже в форме типового закона, регулирующего конкретные вопросы[2].

3. Рассмотрев это предложение, Комиссия решила, что вопрос о желательности и практической возможности подготовки типового закона или типовых законодательных положений по отдельным вопросам, охватываемым *Руководством для законодательных органов*, должен быть рассмотрен Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. Для того чтобы способствовать принятию Комиссией взвешенного решения по этому вопросу, Секретариату было предложено организовать в сотрудничестве с другими заинтересованными международными организациями или международными финансовыми учреждениями коллоквиум для распространения информации о *Руководстве для законодательных органов*[3].

4. Коллоквиум по теме "Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников: правовые основы и техническая помощь" был организован при участии и организационной помощи со стороны Консультативного комитета по объектам инфраструктуры, находящимся в публичной/частной собственности (ККОИ), являющегося организацией по предоставлению с участием большого числа доноров технической помощи, которая направлена на оказание развивающимся странам содействия в повышении качества их инфраструктуры посредством обеспечения участия частного сектора. Коллоквиум был проведен 2–4 июля 2001 года в Вене в течение второй недели тридцать четвертой сессии Комиссии.

5. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия с удовлетворением приняла к сведению результаты Коллоквиума, которые обобщены в записке Секретариата (A/CN.9/488). Комиссия выразила признательность ККОИ за предоставленную им финансовую и организационную поддержку, а также различным международным межправительственным и неправительственным организациям, которые были представлены на этом мероприятии, и участникам, выступившим на Коллоквиуме.

6. Различные мнения, высказанные по вопросу о желательности и практической возможности дальнейшей работы Комиссии в области объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, отражены в докладе Комиссии о работе ее тридцать четвертой сессии[4]. Комиссия согласилась с тем, что задачу составления основных типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, следует поручить одной из рабочих групп. Комиссия пришла к мнению, что для выполнения в разумный срок дальнейшей работы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, необходимо выделить какую-либо конкретную область из числа многочисленных вопросов, рассматриваемых в *Руководстве для законодательных органов*. Соответственно было достигнуто согласие в отношении того, что первая сессия рабочей группы должна быть посвящена определению конкретных вопросов, по которым могут быть сформулированы типовые законодательные положения, которые, возможно, станут добавлением к Руководству[5].

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 195–368.

[2] Там же, пункт 375.

[3] Там же, пункт 379.

[4] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункт 366–369.

[5] Там же, пункт 369.

7. Рабочая группа (ранее именовавшаяся Рабочей группой по временным пределам и исковой давности (погасительным срокам) в международной купле-продаже товаров) провела свою четвертую сессию в Вене 24–28 сентября 2001 года. На рассмотрение Рабочей группы было представлено *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.* Рабочая группа постановила использовать законодательные рекомендации, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*, в качестве основы для своих обсуждений.

8. В соответствии с предложением, внесенным на Коллоквиуме (A/CN.9/488, пункт 19), Рабочей группе было предложено направить свое внимание на один из этапов осуществления проектов в области инфраструктуры, а именно на выбор концессионера, с целью выработки конкретных редакционных набросков для законодательных положений. Тем не менее Рабочая группа высказала мнение, что целесообразной будет, возможно, и выработка типовых законодательных положений по ряду других вопросов (см. A/CN.9/505, пункты 18–174). Рабочая группа просила Секретариат подготовить проекты типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на основе проведенных обсуждений и принятых решений и представить их пятой сессии Рабочей группы для рассмотрения и дальнейших обсуждений.

9. В добавлениях к настоящему документу содержится первый свод проектов типовых законодательных положений (далее в тексте – "проекты типовых положений"). В раздел II настоящего документа для целей оказания помощи Рабочей группе в ее обсуждениях включены краткие пояснительные комментарии к проектам типовых положений, включая указания на взаимосвязь между каждым типовым положением и соответствующей частью *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*. В разделе III затрагиваются те рассмотренные в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* вопросы, по которым не составлялось проектов типовых положений.

II. ПРОЕКТ ДОБАВЛЕНИЯ К *РУКОВОДСТВУ ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ*: ПРОЕКТЫ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

10. В соответствии с просьбами Комиссии и Рабочей группы проекты типовых положений были подготовлены Секретариатом после проведения консультаций с внешними экспертами. В проектах типовых положений развиваются законодательные принципы, лежащие в основе тех содержащихся *в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* законодательных рекомендаций, на основании которых согласно решению, принятому на четвертой сессии Рабочей группы, должны быть составлены проекты типовых законодательных положений. В ряде проектов типовых положений вниманию законодателей в принимающих государствах предлагаются альтернативные варианты. В соответствующих случаях эти положения сопровождаются сносками с целью представления вниманию законодателей в принимающих государствах конкретных советов и рекомендаций относительно принципиальных вопросов, связанных с соответствующими проектами типовых положений и имеющимися для их осуществления вариантами. Для облегчения использования структура проектов типовых положений в максимально возможной степени приближена к структуре рекомендаций по законодательным вопросам, содержащимся в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

A. Общие положения

Типовое положение 1. Преамбула *(см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 1 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 2–14)

11. На своей четвертой сессии Рабочая группа подтвердила, что оба содержащиеся в законодательной рекомендации 1 положения носят общий характер и как таковые не подходят для переложения на язык законодательных положений. Однако Рабочая группа согласилась с тем, что существо этой рекомендации вполне можно было бы сохранить в качестве напоминания о широких целях, которые должны преследоваться в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, возможно, в преамбуле или в пояснительных примечаниях к типовым законодательным положениям, разработку которых Рабочая группа может посчитать целесообразной (A/CN.9/505, пункт 91).

12. В варианте A отражено только существо законодательной рекомендации 1. Вариант B является более разработанным и включает пункт преамбулы, отражающий существо законодательной рекомендации 14, которая, как это сочла Рабочая группа, также заслуживает воплощения в законодательной формулировке.

Типовое положение 2. Определения

13. Если не указывается иное, то все определения, включенные в проект типового положения, взяты из *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* или основываются на нем (см., в частности, *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 9–20).

Организация-заказчик

14. Путем увязывания концепций "организации-заказчика" и "концессионного соглашения" предлагаемое определение преследует цель избежать трудностей, связанных со ссылками на учреждения, несущие фактическую ответственность за осуществление проектов в области инфраструктуры.

Концессионное соглашение

15. С учетом трудности подготовки такой редакции определения "концессии", которая была бы приемлемой для различных правовых систем, Секретариат предлагает объединить концепции "проектного соглашения" и "концессии" в едином определении. Использование слов "концессионное соглашение" – по сравнению с соответствующим им понятием "проектное соглашение", которое используется в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, – будет обладать тем преимуществом, что оно упростит включение проектов типовых положений во внутренние правовые системы, поскольку термин "концессионное соглашение", который в прошлом относительно более широко использовался только в странах гражданского права, все более активно применяется также и в системах общего права.

Типовое положение 3. Полномочия на заключение концессионных соглашений; и типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 2–5 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 15–22)

16. В проекте типового положения 3 отражена законодательная рекомендация 2, а в проекте типового положения 4 – законодательная рекомендация 4.

B. Выбор концессионера

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 14 и главу III "Выбор концессионера", пункты 1–33)

17. В проекте типового положения отражены принципы, лежащие в основе законодательной рекомендации 14. В сопроводительных сносках проясняется тесная взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общим законодательством принимающего государства в области правительственных закупок.

1. Предварительный отбор участников процедур (применительно ко всем проектам типовых положений в этом разделе см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, *законодательные рекомендации 15–17 и главу III "Выбор концессионера", пункты 34–50)*

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

18. Хотя не имеется какой-либо конкретной законодательной рекомендации, отражающей существо пункта 1 типового положения 6, это положение представляется необходимым для дополнения остальных правил, касающихся предварительного отбора, с тем чтобы разъяснить цель этого процесса и предусмотреть базовые нормы, регулирующие соответствующие процедуры. Это типовое положение основывается на пункте 1 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (далее в тексте – "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках").

19. В пункт 3 включены некоторые дополнительные элементы, основывающиеся на пункте 36 главы III *Руководства для законодательных органов.* Элементы, упомянутые в пункте 4, были добавлены для обеспечения прозрачности в отношении важной информации, упоминаемой в проектах типовых положений 7, 8, 9 и 29.

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

20. В типовом положении 7 отражено существо законодательной рекомендации 15.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

21. В пункте 1 этого проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 16. В пункте 2 подтверждается по сути ограничительный подход, занятый Комиссией в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* и состоящий в том, что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, прямо или через дочерние компании, в представлении только одной заявки на осуществление проекта. В то же время содержащаяся в пункте 2 ссылка на возможность исключений преследует цель сделать это правило более гибким, что будет, возможно, необходимым в тех случаях, когда проект, с учетом особого опыта и квалификации какой-либо определенной компании, не может быть осуществлен без ее участия.

22. Пункты 1 и 2 были добавлены с тем, чтобы отразить рекомендацию, содержащуюся в пункте 40 главы III "Выбор концессионера" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

23. Хотя не имеется какой-либо конкретной законодательной рекомендации, отражающей существо пункта 1 этого типового положения, данное положение представляется необходимым для разъяснения порядка, в котором принимается решение о квалификационных данных участников процедур. Это положение основывается на пункте 5 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

24. В пункте 2 этого проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 17, а в пункте 3 – законодательная рекомендация 25.

2. Процедура запроса предложений

25. Применительно ко всем типовым законодательным положениям в этом разделе см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 18–27 и главу III "Выбор концессионера", пункты 51–84.

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

26. Пункт 1, в котором отражена цель законодательной рекомендации 18, основывается на статье 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

27. В пунктах 2 и 3 отражена законодательная рекомендация 19. В пункте 3 *a)* содержится ссылка на "основные договорные условия, предложенные организацией-заказчиком", а не просто на "предложенные договорные условия", с тем чтобы избежать создания впечатления, что от организации-заказчика будет ожидаться подготовка подробной договорной документации на этом раннем этапе процесса отбора. В пункте 3 *b)* содержится слегка измененный вариант подпункта *b)* законодательной рекомендации 19, который был приведен в соответствие с обсуждением, проводимым в пункте 57 главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* с тем чтобы четко указать на тот момент, что встречи, организуемые на этом этапе, необязательно должны предполагать привлечение всех участников процедур. В пункте 3 *c)* развиваются положения подпункта *c)* законодательной рекомендации 19 и указываются элементы, о которых упоминается в пункте 58 главы III *Руководства для законодательных органов*. Пункт 3 *d)*, который основывается на пункте 4 статьи 46 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, был добавлен с целью разъяснения последовательности действий в ходе первого этапа процедур.

Типовое положение 11. Содержание окончательного запроса предложений

28. В типовом положении 11 отражена законодательная рекомендация 20. С учетом второго предложения законодательной рекомендации 26 и обсуждения, проведенного в пункте 69 главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, в подпункте *c)* требуется, чтобы в запросе предложений содержалось указание тех условий договора, которые были определены организацией-заказчиком в качестве не подлежащих обсуждению. В подпункте *d)* содержится прямая ссылка на минимальные требования для оценки предложений, о которых говорится в законодательной рекомендации 24.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

29. В ходе консультаций с экспертами было высказано предположение о возможной целесообразности включения проекта типового положения, которое касалось бы тендерного обеспечения и учитывало бы обсуждение, проведенное в пункте 62 главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, и статью 37 (1) *f)* Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Этот проект типового положения приводится в квадратных скобках, поскольку никакой конкретной законодательной рекомендации по этому вопросу выработано не было.

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

30. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 21. Цель включения дополнительной формулировки – разъяснить содержание изменений, вносимых в запрос предложений.

Типовое положение 14. Критерии оценки

31. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 22 и 23, которые для простоты прочтения были объединены.

32. В ходе консультаций с экспертами было высказано предположение, что подпункт *d)* рекомендации 22 "открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития" было бы более уместно перечислить в числе коммерческих аспектов предложений (рекомендация 23). В силу этого он приводится как пункт 2 *g)* типового положения 14. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос с учетом того факта, что в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* об "открываемых предложениями потенциальных возможностях для социально-экономического развития" говорится в связи с критериями для оценки технических аспектов предложений (см. главу III, пункт 74 *f)*).

33. Подпункт *f)* пункта 2 был приведен в соответствие с подпунктом *c)* проекта типового положения 11.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

34. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 24. Его название было изменено, с тем чтобы более четко отразить содержание этого типового положения. Для разъяснения последовательности действий организации-заказчика при оценке предложений было включено новое положение, содержащееся в пункте 1.

Типовое положение 16. Заключительные переговоры

35. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 26 и 27, которые для простоты прочтения были объединены. С учетом предложений, внесенных в ходе консультаций Секретариата с внешними экспертами, в пункт 2 включено требование, чтобы участникам процедур направлялись уведомления и просьбы представить "наилучшую и окончательную оферту" к оговоренной дате до прекращения переговоров организацией-заказчиком. Процедура, предписываемая в этой связи в проекте типового положения, учитывает пункт 8 статьи 48 и пункт 4 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

36. На последней сессии Рабочей группы было высказано предложение, чтобы в типовом законодательном положении, основывающемся на законодательной рекомендации 27, прямо указывалось на обстоятельства, при которых организация-заказчик может счесть "очевидным", что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению соглашения (см. A/CN.9/505, пункт 59). В подпункте *e)* статьи 44 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, на котором основывается это типовое законодательное положение, подробные детальные требования не предусматриваются. В ходе консультаций Секретариата с внешними экспертами было высказано предположение, что необходимости в каких-либо дополнительных формулировках нет. Рабочая группа, возможно, пожелает тем не менее рассмотреть вопрос о желательности каких-либо дополнительных формулировок.

3. Выдача концессии без проведения конкурентных процедур (применительно ко всем проектам типовых положений в этом разделе см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, *законодательные рекомендации 28 и 29 и главу III "Выбор концессионера", пункты 85–96)*

Типовое положение 17. Обстоятельства, допускающие выдачу концессии без проведения конкурентных процедур

37. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 28.

38. Содержащаяся в подпункте *a)* дополнительная формулировка была включена с целью приведения этого положения в соответствие с обсуждением, проведенным в пункте 89 *a)* главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

39. В подпункте *f)* отражено предложение, внесенное в ходе консультаций Секретариата с внешними экспертами и направленное на обеспечение того, чтобы переговоры, начатые после безуспешных попыток организовать конкурентные процедуры, не представляли собой отхода от первоначальных проектных спецификаций и договорных условий.

40. На последней сессии Рабочей группы было высказано предположение, что подпункт *g)* следует расширить за счет добавления слов "или другие случаи такого исключительного характера, как они определяются в законодательстве" (см. A/CN.9/505, пункт 63). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли подобное дополнение, которое отражено в данном проекте типового положения, действительно необходимым или же

подобная возможность уже охватывается вступительной формулировкой подпункта *g)*.

Типовое положение 18. Процедуры заключения концессионного соглашения

41. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 29. Первоначальный подпункт *c)* законодательной рекомендации 29 в настоящее время охватывается общим положением об уведомлении о выдаче подряда на проект в проекте типового положения 24.

4. Незапрошенные предложения (применительно ко всем проектам типовых положений в этом разделе см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 30–35 и главу III "Выбор концессионера", пункты 97–117)*

Типовое положение 19. Приемлемость незапрошенных предложений

42. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 30.

Типовое положение 20. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

43. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 31 и 32. В пункте 3 проекта типового положения развивается содержание законодательной рекомендации 32 с целью разъяснения взаимосвязи между правами интеллектуальной собственности стороны, предложившей проект, и использованием организацией-заказчиком информации, представленной этой стороной.

Типовое положение 21. Незапрошенные предложения, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

44. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 33.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

45. В этом проекте типового положения отражено существо законодательных рекомендаций 34 и 35.

5. Разные положения

Типовое положение 23. Конфиденциальность переговоров (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* **законодательную рекомендацию 36 и главу III "Выбор концессионера", пункт 118)**

46. В типовом положении 23 отражено существо законодательной рекомендации 36. Первое предложение взято из статьи 45 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Ссылка на "агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов" была добавлена, с тем чтобы избежать излишне ограничительного толкования этого типового положения.

Типовое положение 24. Уведомление о выдаче подряда на проект (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* **законодательную рекомендацию 37 и главу III "Выбор концессионера", пункт 119)**

47. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 37.

Типовое положение 25. Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов***, законодательную рекомендацию 38 и главу III "Выбор концессионера", пункты 120–126)**

48. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 38.

Типовое положение 26. Процедуры обжалования (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* **законодательную рекомендацию 39 и главу III "Выбор концессионера", пункты 127–131)**

49. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 39.

C. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Типовое положение 27. Содержание концессионного соглашения (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* **законодательные рекомендации 40 и 41 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 1–11)**

50. Рабочая группа сочла, что различные вопросы, рассматриваемые в главе IV *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, являются по своему характеру договорными и не требуют подготовки каких-либо конкретных проектов типовых положений (см. A/CN.9/505, пункты 110–116). В то же время Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что было бы полезно разработать типовое законодательное положение с перечислением основных вопросов, которые необходимо урегулировать в проектном соглашении. Она просила Секретариат подготовить первоначальный проект такого типового положения на основе использования заголовков, предшествующих рекомендациям 41–68, с возможными изменениями, необходимыми для ясного – однако без излишних подробностей – указания различных аспектов, которые требуется охватить в проектных соглашениях (пункт 114).

51. Во исполнение этой просьбы в данном проекте типового положения перечисляется ряд вопросов, которые следует урегулировать в проектном соглашении. Некоторые из этих вопросов также являются предметом специальных проектов типовых положений. В то же время другие перечисленные вопросы касаются законодательных рекомендаций, в связи с которыми Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке специальных типовых положений. Их источники указываются ниже:

a) подпункт *a)* частично основывается на пункте 1 главы IV *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*;

b) подпункт *b)* частично касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 5;

c) подпункт *c)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 6;

d) подпункт *d)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 42 и 43 и в проекте типового положения 29;

e) подпункт *e)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 44 и 45 и в проектах типовых положений 30–32;

f) подпункт *f)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 46 и 48;

g) в подпункте *g)* отражено существо законодательной рекомендации 52;

h) подпункт *h)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 53 и в проекте типового положения 37;

i) в подпункте *i)* отражены законодательные рекомендации 52 и 54 *b)*;

j) в подпункте *j)* отражена законодательная рекомендация 54 *(a)*;

k) в подпункте *k)* содержится резюме рекомендаций относительно договорных механизмов, которые содержатся в пунктах 73–76 главы IV *Руководства для законодательных органов*, и он естественно дополняет подпункты *h)* и *i)*;

l) в подпункте *l)* отражено существо законодательной рекомендации 56;

m) в подпункте *m)* отражено существо законодательной рекомендации 58 *a)* и *b)*;

n) в подпункте *n)* отражено существо законодательной рекомендации 58 *e)*;

o) в подпункте *o)* отражено существо законодательной рекомендации 58 *d)*;

p) в подпункте *p)* отражено существо законодательной рекомендации 61;

q) в подпункте *q)* отражено существо законодательной рекомендации 67;

r) подпункт *r)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 41 и 69 и в проектах типовых положений 28 и 48.

Типовое положение 28. Применимое право (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 41 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 1–11)

52. Этот проект типового положения отражает существо законодательной рекомендации 41.

Типовое положение 29. Организационное устройство концессионера (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 42 и 43 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 12–18)

53. В этом проекте типового положения отражено существо законодательных рекомендаций 42 и 43.

Типовое положение 30. Собственность на активы; типовое положение 31. Приобретение проектной площадки; и типовое положение 32. Сервитуты (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 44 и 45 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 19–32)

54. В проекте типового положения 30 отражено существо законодательной рекомендации 44. В проектах типовых положений 31 и 32 отражено существо законодательной рекомендации 45, которая для простоты прочтения была сформулирована в виде двух отдельных положений.

Типовое положение 33. Финансовые механизмы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 46–48 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 33–51)

55. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 46.

Типовое положение 34. Обеспечительные интересы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 49 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 52–61)

56. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 49.

Типовое положение 35. Уступка концессионного соглашения (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 50 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 62 и 63)

57. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 50.

Типовое положение 36. Передача контрольного пакета акций компании-концессионера (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 51 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 64–68)

58. В этом проекте типового положения отражено существо законодательной рекомендации 51.

Типовое положение 37. Эксплуатация инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 53 и 55 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 80–93 и 96–97 соответственно)

59. В пункте 1 типового положения 37 отражено существо законодательной рекомендации 53. По предложению внешних экспертов был добавлен пункт 2, в котором отражено существо законодательной рекомендации 55 (см. также пункт 79).

Типовое положение 38. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве; типовое положение 39. Пересмотр концессионного соглашения; типовое положение 40. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика; и типовое положение 41. Замена концессионера (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 56–60 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 98–150)

60. В проектах типовых положений 38 и 39 отражена законодательная рекомендация 58 *c)*. В то же время в оба этих типовых положения был добавлен ряд элементов, с тем чтобы отразить подробное обсуждение, проведенное в пунктах 121–130 главы IV *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

61. В проекте типового положения 40 отражена законодательная рекомендация 59, а в проекте типового положения 41 – законодательная рекомендация 60.

D. Срок действия, продление и прекращение концессионного соглашения

Типовое положение 42. Срок действия и продление концессионного соглашения (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 61 и 62 и главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 2–8)

62. В этом проекте типового положения отражено существо законодательных рекомендаций 61 и 62.

Типовое положение 43. Прекращение концессионного соглашения организацией-заказчиком; типовое положение 44. Прекращение концессионного соглашения концессионером; и типовое положение 45. Прекращение концессионного соглашения любой из сторон (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 63–65 и главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 9–35)

63. В проекте типового положения 43 отражено существо законодательной рекомендации 63, в проекте типового положения 44 – существо законодательной рекомендации 64, а в проекте типового положения 45 – существо законодательной рекомендации 65.

Типовое положение 46. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения; и типовое положение 47. Этап завершения и меры в переходный период (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 66–68 и главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 36–62)

64. В типовом положении 46 отражено существо законодательной рекомендации 67, а в типовом положении 47 – существо законодательной рекомендации 68 с добавлением подпункта *a)* с целью охватить всю общность вопросов, упомянутых в пунктах 37–42 главы V *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

E. Урегулирование споров

Типовое положение 48. Споры между организацией-заказчиком и концессионером (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 69 и главу VI "Урегулирование споров", пункты 3–41)

65. В проекте типового положения предлагаются два варианта изложения принципа, устанавливаемого в законодательной рекомендации 69.

Типовое положение 49. Споры с участием концессионера и его кредиторов, подрядчиков и поставщиков (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 70 и главу VI "Урегулирование споров", пункт 42)

66. В типовом положении 49 отражено существо законодательной рекомендации 70.

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 71 и главу VI "Урегулирование споров", пункты 43–45)

67. Этот проект типового положения, предложенный для включения экспертами, с которыми проводил консультации Секретариат, приводится в квадратных скобках, поскольку Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке какого-либо типового положения в связи с законодательной рекомендацией 71 (см. A/CN.9/505, пункт 174).

III. ВОПРОСЫ, НЕ ОХВАЧЕННЫЕ В ПРОЕКТАХ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

A. Вопросы, рассматриваемые в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Объем полномочий на выдачу концессий (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 2–5 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 15–22)

68. Применительно к законодательной рекомендации 5 никаких проектов типовых положений не составлялось. Рекомендация 5 предусматривает следующее:

> "В законодательстве следует оговорить вопрос о том, может ли концессия распространяться на весь регион в пределах компетенции соответствующей организации-заказчика, или только на отдельную географическую часть такого региона, или на конкретный проект, и может ли она быть выдана с предоставлением исключительных прав или без него, как это уместно, в соответствии с нормами и принципами права, законодательными положениями, подзаконными актами и поли-

тикой, применимыми к соответствующему сектору. Организации-заказчики могут быть совместно уполномочены выдавать концессии, выходящие за пределы компетенции отдельных организаций-заказчиков".

69. Хотя Рабочая группа на своей последней сессии сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль, эксперты пришли к мнению о практической невозможности преобразования этой законодательной рекомендации в типовое законодательное положение. В качестве альтернативы вопрос о степени исключительности концессии может быть упомянут в контексте вопроса о содержании концессионного соглашения (см. типовое положение 27 *a)*).

70. С учетом сложности вопросов и различных принципиальных вариантов, упомянутых в этой законодательной рекомендации, эксперты пришли к мнению, что эту рекомендацию было бы более целесообразно поместить в сноску к тексту типового положения, касающегося полномочий на заключение концессионных соглашений (см. типовое положение 3).

Административная координация (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29)

71. Законодательная рекомендация 6 предусматривает следующее:

"Следует создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу подтверждений, лицензий, разрешений или санкций, необходимых для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа".

72. На своей последней сессии Рабочая группа сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль. С учетом сложности вопросов и различных принципиальных вариантов, упомянутых в этой законодательной рекомендации, эксперты пришли к мнению, что эту рекомендацию было бы более целесообразно поместить в сноску к тексту типового положения, касающегося полномочий на заключение концессионных соглашений (см. предложенную сноску к проекту типового положения 3).

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53)

73. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо типовых положений (см. A/CN.9/505, пункт 102).

B. Вопросы, рассматриваемые в главе II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 12 и главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29)

74. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо типовых положений (см. A/CN.9/505, пункт 104).

Правительственная поддержка (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 13 и главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60)

75. Законодательная рекомендация 13 предусматривает следующее:

"В законодательстве следует ясно указать те публичные органы принимающей страны, которые могут предоставлять финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и те виды поддержки, которые они уполномочены предоставлять".

76. На своей последней сессии Рабочая группа сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль (см. A/CN.9/505, пункты 106–108). С учетом сложности вопросов и различных принципиальных вариантов, упомянутых в этой законодательной рекомендации, эксперты пришли к мнению, что эту рекомендацию было бы более целесообразно поместить в сноску к тексту типового положения, касающегося полномочий на заключение концессионных соглашений (см. предложенную сноску к проекту типового положения 3). В то же время этот вопрос упоминается в подпункте *f)* проекта типового положения 27.

C. Вопросы, рассматриваемые в главе IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Финансовые механизмы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 46–48 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 33–51)

77. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных типовых положений в связи с законодательными рекомендациями 47 и 48 (см. A/CN.9/505, пункт 129).

Строительные работы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательную рекомендацию 52 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 69–79)

78. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке какого-либо конкретного положения (см. A/CN.9/505, пункт 138). В то же время этот вопрос упоминается в подпункте *g)* проекта типового положения 27.

Эксплуатация инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 53–55 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 80–97)

79. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в связи с законодательными рекомендациями 54 и 55 (см. A/CN.9/505, пункты 142 и 144). В то же время эти вопросы упоминаются в подпунктах *h)–j)* проекта типового положения 27.

Общие договорные механизмы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 56–60 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 98–150)

80. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в связи с законодательными рекомендациями 56 и 57 (см. A/CN.9/505, пункт 146). В то же время предмет законодательной рекомендации 56 упоминается в подпункте *l)* проекта типового положения 27.

81. Кроме того, Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в отношении законодательной рекомендации 58 *a)*, *b)*, *d)* и *e)* (см. A/CN.9/505, пункт 148). Тем не менее в интересах обеспечения полноты списка, содержащегося в проекте типового положения 27, вопросы, которые затрагиваются в законодательной рекомендации 58 *a)* и *b)*, упоминаются в подпункте *m)* этого проекта типового положения. Аналогично, вопросы, затрагиваемые в законодательной рекомендации 58 *d)* и *e)*, упоминаются в подпунктах *n)* и *o)* проекта типового положения 27.

D. Вопросы, рассматриваемые в главе V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов,* законодательные рекомендации 66–68 и главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 36–62)

82. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке какого-либо конкретного положения в связи с законодательной рекомендацией 66 (см. A/CN.9/505, пункт 160).

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1

Проекты типовых законодательных положений 1–26

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

			Стр.
	ПРЕДИСЛОВИЕ		100
I.	ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ		101
	Типовое положение 1.	Преамбула	101
	Типовое положение 2.	Определения	101
	Типовое положение 3.	Полномочия заключать концессионные соглашения	101
	Типовое положение 4.	Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии	102
II.	ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА		102
	Типовое положение 5.	Правила, регулирующие процедуры отбора	102
	1. Предварительный отбор участников процедуры		102
	Типовое положение 6.	Цель и процедуры предварительного отбора	102
	Типовое положение 7.	Критерии предварительного отбора	103
	Типовое положение 8.	Участники консорциумов	103
	Типовое положение 9.	Решение о предварительном отборе	104

Стр.

2. Процедура запроса предложений 104

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений 104

Типовое положение 11. Содержание окончательного запроса предложений 105

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение 105

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения 105

Типовое положение 14. Критерии оценки 105

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений 106

Типовое положение 16. Заключительные переговоры 106

3. Заключение концессионных соглашений без проведения конкурентных процедур 106

Типовое положение 17. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур 106

Типовое положение 18. Процедуры переговоров по концессионному соглашению 107

4. Незапрошенные предложения 107

Типовое положение 19. Приемлемость незапрошенных предложений 107

Типовое положение 20. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений 107

Типовое положение 21. Незапрошенные предложения, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности 108

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые связаны с концепциями и технологиями, защищенными правами собственности 108

5. Разные положения 108

Типовое положение 23. Конфиденциальность переговоров 108

Типовое положение 24. Уведомление о выдаче подряда на проект 108

Типовое положение 25. Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда 109

Типовое положение 26. Процедуры обжалования 109

ПРЕДИСЛОВИЕ

Нижеследующие типовые законодательные положения (далее в тексте –"Типовые положения") были подготовлены Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в качестве дополнения к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников *(далее в тексте –* "Руководство для законодательных органов"*), которое было принято Комиссией в 2000 году. Цель типовых положений – оказать дальнейшую помощь национальным законодательным органам в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Пользователям рекомендуется читать типовые положения вместе с содержащимися в* Руководстве для законодательных органов *рекомендациями по законодательным вопросам и комментариями, в которых приводятся аналитические разъяснения финансовых, регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области.*

Типовые положения состоят из свода ключевых положений по вопросам, которые заслуживают внимания с точки зрения урегулирования в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Хотя большинство типовых положений связаны с конкретными законодательными рекомендациями, содержащимися в Руководстве для законодательных органов*, они не охватывают всего круга вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях. В частности, никаких специальных типовых положений не было подготовлено по административным или институциональным вопросам, как они, например, рассматриваются в законодательных рекомендациях 1, 5 и 6–13.*

Предполагается, что типовые положения будут приниматься и дополняться с помощью правил, предусматривающих более подробное регулирование. Те области, в которых регулирование более уместно с помощью не законодательных, а иных нормативных актов, указываются соответствующим образом. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры,

финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.

Следует отметить, что типовые положения не затрагивают другие области права, которые также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, но по которым в Руководстве для законодательных органов *не приводится каких-либо специальных законодательных рекомендаций. К таким другим областям правового регулирования относятся, например, содействие инвестированию и защита инвестиций, право собственности, обеспечительные интересы, правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности, правила по правительственным контрактам, а также административное право, налоговое право, защита окружающей среды и законодательство о защите потребителей.*

Для простоты использования типовые положения разбиты на разделы и снабжены заголовками, которые в максимальной степени приближены к названиям соответствующих разделов и законодательных рекомендаций в Руководстве для законодательных органов. *Однако в целях обеспечения последовательности изложения применительно ко всем типовым положениям некоторые заголовки и названия были добавлены, а некоторые первоначальные заголовки и названия были изменены, с тем чтобы отразить содержание типовых положений, к которым они относятся.*

I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Типовое положение 1. Преамбула

[см. рекомендацию 1 и главу I, пункты 2–14]

Вариант A

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить законодательные основы для содействия частным инвестициям в развитие инфраструктуры и облегчения таких инвестиций,

принимает следующий закон:

Вариант B

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить законодательные основы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры;

[*другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство*],

принимает следующий закон:

Типовое положение 2. Определения

[см. "Введение", пункты 9–20]

Для целей настоящего закона:

a) "объект инфраструктуры" означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно предоставляют услуги населению;

b) "проект в области инфраструктуры" означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры;

c) "организация-заказчик" означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные соглашения для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][1];

d) "концессионер" означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному соглашению, заключенному с организацией-заказчиком;

e) "концессионное соглашение" означает юридически обязательный контракт или контракты, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры;

f) "*участник процедур*" и "*участники процедур*" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с выдачей подрядов на проекты в области инфраструктуры[2];

g) "*незапрошенное предложение*" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора;

h) "*регулирующее учреждение*" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[3].

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные соглашения

[см. рекомендацию 2 и главу I, пункты 15–18]

Полномочиями заключать концессионные соглашения в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции об-

---

[1] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концессионные соглашения. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

[2] Термины "участник торгов" или "участники торгов" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[3] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53).

ладают следующие публичные органы[4]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы принимающей страны, которые могут заключать концессионные соглашения, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][5].

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

[см. рекомендацию 4 и главу I, пункты 19–22]

Концессионные соглашения могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][6].

II. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

[см. рекомендацию 14 и главу III, пункты 1–33]

Выдача подрядов на проекты в области инфраструктуры осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–26*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры заключения правительственных контрактов*][7].

[4] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо особых форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[5] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные соглашения, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие соглашения, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[6] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[7] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для заключения правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года (далее в тексте – "Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Проекты типовых положений исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для заключения правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это относится, например, к следующим вопросам: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение, процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к типовым положениям Типового закона о закупках, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемые практические элементы процедур отбора.

1. Предварительный отбор участников процедуры

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

[см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–50]

1. Организация-заказчик [может проводить] [проводит] процедуры предварительного отбора с целью выявления участников процедур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры.

2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*].

3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, которые регулируют вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][8], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация:

a) описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать;

b) указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться концессионерам, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей или сборов с пользователей или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий); и

[8] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного соглашения, которое должно быть заключено;

d) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок;

e) способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора.

4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, которые регулируют вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][9], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация:

a) критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*];

b) намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*];

c) намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[10] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников;

d) намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 29*].

5. Процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][11].

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

[см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–40, 43 и 44]

С тем чтобы выполнить условия для участия в процедурах отбора, заинтересованные участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют объективно оправданным критериям[12], которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующим конкретным процедурам, как они указаны в документации для предварительного отбора. Эти критерии включают как минимум следующее:

a) надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, включая проектно-конструкторские, строительные и эксплуатационные работы, а также работы по материально-техническому обслуживанию;

b) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения его финансовых потребностей;

c) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутацию и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации аналогичных объектов инфраструктуры.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

[см. рекомендацию 16 и главу III, пункты 41 и 42]

1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам.

2. Если иное [не разрешено [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[13]. Нарушение этого правила должно приводить к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.

3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик учитывает индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

---

[9] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[10] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску 13.

[11] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в статье 7 Типового закона о закупках, пункты 2–7.

[12] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность представления определенного преференциального режима для национальных предприятий или же специального режима участникам процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Различные вопросы, связанные с национальными преференциями, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 43 и 44). В *Руководстве для законодательных органов* высказывается мнение, что страны, которые пожелают обеспечить определенные стимулы для национальных поставщиков, могут применять подобные преференции в форме специальных критериев оценки, а не в форме прямого исключения иностранных поставщиков. В любом случае, если предусматриваются национальные преференции, то о них следует объявлять заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

[13] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

[см. рекомендации 17 (применительно к пункту 2) и 25 (применительно к пункту 3) и главу III, пункты 47–50]

1. Организация-заказчик принимает решение в отношении квалификационных данных каждого участника процедур, представившего заявку на предварительный отбор. При принятии этого решения организация-заказчик применяет только те критерии, которые изложены в документации для предварительного отбора. Затем всем прошедшим предварительный отбор участникам процедур организация-заказчик направляет приглашение представить предложения в соответствии с [*типовыми положениями 10–16*].

2. Независимо от пункта 1 организация-заказчик может, при условии что она сделала с этой целью соответствующее заявление в документации для предварительного отбора, сохранить за собой право запросить, после завершения процедур предварительного отбора, предложения только у ограниченного числа[14] участников процедур, которые наилучшим образом удовлетворяют критериям предварительного отбора. С этой целью организация-заказчик выставляет оценки участникам процедур, удовлетворяющим критериям предварительного отбора, на основе критериев, примененных для оценки их квалификационных данных, и составляет [краткий] [окончательный] список участников процедур, которые по завершении процедур предварительного отбора будут приглашены представить предложение. При составлении этого списка организация-заказчик применяет только ту систему оценок, которая была изложена в документации для предварительного отбора.

3. Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса.

2. Процедура запроса предложений

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

[см. рекомендации 18 и 19 и главу III, пункты 51–58]

1. Организация-заказчик предоставляет пакет из [окончательного] запроса предложений и связанной с ним документации, подготовленной в соответствии с [*типовым положением 11*], каждому прошедшему предварительный отбор участнику процедур, внесшему плату, если таковая взимается, за эту документацию.

2. Независимо от вышеуказанного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда [она не имеет возможности] [она считает невозможным] указать в запросе предложений характеристики проекта, такие как проектные спецификации, эксплуатационные показатели, финансовые механизмы или договорные условия, настолько подробно и четко, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения.

3. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения:

a) в первоначальный запрос предложений включается призыв к участникам процедур представить на первом этапе процедуры первоначальные предложения, касающиеся проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, а также основных договорных условий, предложенных организацией-заказчиком[15];

b) организация-заказчик может проводить встречи и обсуждения с любыми участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений или первоначальных предложений и сопровождающей их документации, представленной участниками процедур;

c) после изучения полученных предложений организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальный запрос предложений, исключив или изменив любой аспект первоначальных проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в первоначальном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается в приглашении представить окончательные предложения;

d) на втором этапе процедур организация-заказчик приглашает участников процедур представить окончательные предложения в отношении единого свода проектных спецификаций, эксплуатационных показателей или договорных условий в соответствии с [*типовыми положениями 11–16*].

---

[14] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). В *Руководстве для законодательных органов* рассматривается способ обеспечения такого количества участников процедур при помощи систем оценок (в особенности систем количественных оценок) (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 48). Следует отметить, что системы оценок используются исключительно для цели предварительного отбора участников процедур. Оценки участников процедур, прошедших предварительный отбор, не должны учитываться на этапе оценки предложений (см. типовое положение 15), на котором исходное положение всех участников процедур, прошедших предварительный отбор, должно быть равным.

[15] Во многих случаях, особенно в связи с новыми видами проектов, организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать на данном этапе подробный проект предусматриваемых ею договорных условий. Кроме того, организация-заказчик может счесть предпочтительным такой порядок, при котором подобные условия будут разрабатываться только после проведения первого раунда консультаций с прошедшими предварительный отбор участниками процедур. В любом случае для организации-заказчика будет, однако, важно предоставить на данном этапе определенную информацию с указанием ключевых условий концессионного соглашения, в частности предусматриваемого по этому соглашению способа распределения связанных с проектом рисков между сторонами. Если вопрос о таком распределении договорных прав и обязательств будет оставлен полностью открытым до представления окончательного запроса предложений, то появляется опасность того, что участники процедур будут стремиться к минимизации принимаемых на себя рисков, что может воспрепятствовать достижению задачи обеспечения частных инвестиций для разработки проекта (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 67–70, а также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29).

Типовое положение 11. Содержание окончательного запроса предложений

[см. рекомендацию 20 и главу III, пункты 59–70]

В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, которые регулируют вопросы содержания запроса предложений*][16], в окончательный запрос предложений включается как минимум следующая информация:

a) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений[17];

b) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды[18];

c) предлагаемые организацией-заказчиком договорные условия, включая указания на то, какие условия не могут считаться предметом переговоров;

d) критерии оценки предложений и минимальные показатели, если таковые имеются, установленные организацией-заказчиком для определения предложений, не отвечающих формальным требованиям; относительное значение, придаваемое каждому из критериев оценки; и порядок применения этих критериев и минимальных показателей при оценке и отклонении предложений.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

[см. главу III, пункт 62]

[1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения.

2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[19]:

a) отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока;

b) неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*типовому положению 16*];

c) неспособность формулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 16*];

d) неспособность подписать концессионное соглашение, если этого требует организация-заказчик после принятия предложения;

e) неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного соглашения после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания проектного соглашения.]

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

[см. рекомендацию 21 и главу III, пункты 71 и 72]

Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор окончательного запроса предложений и, в случае необходимости, пересмотреть его, исключив или изменив любой аспект проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в окончательном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае окончательного запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений.

Типовое положение 14. Критерии оценки

[см. рекомендации 22 и 23 и главу III, пункты 73–77]

1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[20] включают как минимум следующее:

a) техническую и экологическую обоснованность;

b) оперативную осуществимость;

c) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.

2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[21] включают, если это уместно, следующее:

a) текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;

b) текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*];

e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;

f) степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров;

---

[16] Перечень элементов, обычно включаемых в запрос предложений применительно к услугам, можно найти в статье 38 Типового закона о закупках.

[17] Перечень элементов, которые должны быть включены, можно найти в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 61 и 62.

[18] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 64–66.

[19] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках.

[20] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[21] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77.

g) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

[см. рекомендацию 24 и главу III, пункты 78–82]

1. Организация-заказчик проводит сопоставление и оценку каждого предложения в соответствии с критериями оценки, относительным значением, придаваемым каждому из этих критериев, и порядком оценки, изложенным в запросе предложений.

2. Для целей пункта 1 организация-заказчик может устанавливать минимальный уровень требований в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов. Предложения, не достигшие минимального уровня, рассматриваются в качестве не отвечающих формальным требованиям и исключаются из процедур отбора[22].

Типовое положение 16. Заключительные переговоры

[см. рекомендации 26 и 27 и главу III, пункты 83 и 84]

1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному соглашению участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.

2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного соглашения, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока он не представит приемлемого для организации-заказчика предложения, она прекращает переговоры с этим участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам участника процедур, получившего вторую наилучшую оценку; если переговоры с этим участником не приводят к заключению концессионного соглашения, организация-заказчик затем поочередно приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного соглашения или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта.

3. Заключение концессионных соглашений без проведения конкурентных процедур

Типовое положение 17. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

[см. рекомендацию 28 и главу III, пункт 89]

[При условии утверждения [*принимающее государство указывает соответствующий орган*]][23] организация-заказчик уполномочивается проводить переговоры по концессионному соглашению без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], в следующих случаях:

a) когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], было бы практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика;

b) когда речь идет о краткосрочных проектах и объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает суммы [в _____] [*принимающее государство оговаривает денежный предел*] [установленной в _____] [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, в которых оговаривается денежный предел, до достижения которого подряды на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут выдаваться без проведения конкурентных процедур*][24];

c) когда проект связан с национальной обороной или национальной безопасностью;

---

[22] В этом типовом положении предлагается пример процесса оценки, который организация-заказчик, возможно, пожелает применить с целью сопоставления и оценки предложений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Альтернативные процедуры оценки описываются в *Руководстве для законодательных органов* в пунктах 79–82 главы III "Выбор концессионера"; речь идет, например, о двухэтапных процедурах оценки или о системе двух конвертов. В отличие от процесса, устанавливаемого в данном типовом положении, процедуры, описанные в *Руководстве для законодательных органов*, направлены на то, чтобы предоставить организации-заказчику возможность проводить сопоставление и оценку нефинансовых критериев отдельно от финансовых критериев, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость относительно этапа оценки в рамках процедур отбора, принимающему государству рекомендуется изложить в своем законодательстве те процедуры оценки, которые организация-заказчик может использовать для сопоставления и оценки предложений, и подробно регламентировать применение таких процедур.

[23] Причина обуславливания заключения концессионного соглашения без проведения конкурентных процедур утверждением вышестоящего органа заключается в необходимости обеспечения того, чтобы организация-заказчик проводила прямые переговоры с участниками процедур только в надлежащих обстоятельствах (см. пункты 85–96 главы III "Выбор концессионера"). В силу этого в данном типовом положении принимающему государству предлагается указать соответствующий орган, компетентный разрешать проведение переговоров в случаях, оговоренных в тексте типового положения. В то же время принимающее государство может предусмотреть различные требования к утверждению для каждого из подпунктов данного типового положения. В некоторых случаях принимающее государство может, например, предусмотреть, что полномочия на проведение таких переговоров непосредственно вытекают из законодательства. В других случаях принимающее государство может обусловить проведение переговоров утверждением различных вышестоящих органов в зависимости от характера услуг, которые предполагается предоставлять, или от соответствующего сектора инфраструктуры. В подобных случаях принимающему государству, возможно, потребуется адаптировать текст типового положения к этим требованиям утверждения путем добавления соответствующего требования утверждения в надлежащий подпункт или путем добавления ссылки на положения законодательства, в которых подобные требования устанавливаются.

[24] В качестве альтернативы исключению, предусматриваемому в подпункте *b)*, принимающее государство может рассмотреть вопрос о разработке упрощенной процедуры для запроса предложений в связи с проектами, не достигающими установленного предела, например, путем применения процедур, описанных в статье 48 Типового закона о закупках.

d) когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника, например когда для предоставления услуги требуется использование прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат определенному лицу или лицам или которыми обладает такое лицо или лица;

e) в случае подачи незапрошенных предложений, которые подпадают под действие [*типового положения 22*];

f) когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений представлено не было или все предложения не удовлетворяют критериям оценки [изложенным в запросе предложений] и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового приглашения к участию в процедурах предварительного отбора или нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект в течение требуемого срока, при условии что условия концессионного соглашения, заключенного таким образом между сторонами, [должны соответствовать] [не должны отходить от] проектным спецификациям и договорным условиям, первоначально объявленным в запросе предложений;

g) другие случаи, когда [*принимающее государство указывает надлежащий орган*] разрешает прибегнуть к такому исключению по [веским] причинам, связанным с публичными интересами [или другие случаи аналогичного исключительного характера, как это определяется в законе][25].

Типовое положение 18. Процедуры переговоров по концессионному соглашению

[см. рекомендацию 29 и главу III, пункт 90]

В тех случаях, когда переговоры по концессионному соглашению ведутся без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–16*], организация-заказчик[26]:

a) за исключением концессионных соглашений, заключаемых в соответствии с [*пунктом c) типового положения 17*], обеспечивает публикацию уведомления о своем намерении начать переговоры в отношении концессионного соглашения в соответствии с [*принимающее государство указывает любые соответствующие положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений*];

b) проводит переговоры с настолько широким кругом лиц, которые, по ее мнению, способны осуществить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

c) устанавливает критерии оценки, при использовании которых предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок.

[25] Принимающие государства, которые считают желательным установить порядок, предусматривающий разрешение использовать процедуры переговоров на специальной основе, возможно, пожелают сохранить подпункт *g)* при принятии типового положения. Принимающие государства, желающие ограничить исключения из конкурентных процедур отбора, могут, в свою очередь, отдать предпочтение исключению этого подпункта.

[26] Ряд элементов, позволяющих усилить прозрачность при переговорах, проводимых согласно данному типовому положению, рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 90–96.

4. Незапрошенные предложения[27]

Типовое положение 19. Приемлемость незапрошенных предложений

[см. рекомендацию 30 и главу III, пункты 97–109]

В порядке исключения из применения [*типовых положений 6–16*] организация-заказчик[28] уполномочивается рассматривать незапрошенные предложения в соответствии с процедурами, изложенными в [*типовых положениях 20–22*], при условии что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

Типовое положение 20. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

[см. рекомендации 31 и 32 и главу III, пункты 110–112]

1. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик незамедлительно информирует представившую его сторону о том, рассматривается ли проект в качестве отвечающего публичным интересам[29].

2. Если проект сочтен отвечающим публичным интересам согласно пункту 1, организация-заказчик приглашает сторону, представившую предложение, представить настолько подробную информацию о предлагаемом проекте, насколько это является возможным на этом этапе, с тем чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить квалификационные данные этой стороны и техническую и экономическую осуществимость проекта, а также определить вероятность успешной реализации проекта в предложенном порядке и на условиях, приемлемых для организации-заказчика. С этой целью сторона, предложившая проект, представляет технико-экономическое обоснование, исследование экологического воздействия и достаточную информацию относительно концепций или технологий, предусматриваемых в предложении.

3. При рассмотрении незапрошенного предложения организация-заказчик уважает интеллектуальную собствен-

[27] Программные соображения относительно преимуществ и недостатков незапрошенных предложений рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 98–100. Государства, желающие разрешить организациям-заказчикам рассматривать подобные предложения, возможно, пожелают обратиться к процедурам, изложенным в типовых положениях 22–24.

[28] Данное типовое положение исходит из того, что полномочия на рассмотрение незапрошенных предложений будут принадлежать организации-заказчику. Однако в зависимости от системы регулирования в принимающем государстве ответственность за работу с незапрошенными предложениями или за рассмотрение, например, вопроса о том, отвечает ли незапрошенное предложение публичным интересам, может лежать на ином органе, чем организация-заказчик. В подобном случае принимающему государству следует внимательно рассмотреть порядок, с помощью которого, возможно, потребуется обеспечить координацию функций такого органа и функций организации-заказчика (см. сноски 1, 3 и 23, а также источники, на которые в них даны ссылки).

[29] Определение того, отвечает ли проект публичным интересам, предполагает тщательную оценку потенциальных выгод для общества, предлагаемых проектом, а также его связи с правительственной политикой в соответствующем секторе инфраструктуры. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость процедур определения приемлемости незапрошенных предложений, принимающему государству было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в правилах или других документах руководящие указания относительно критериев, которые будут использоваться для определения соответствия незапрошенных предложений публичным интересам и которые могут включать критерии для оценки уместности договорных решений и разумности предлагаемого распределения рисков, связанных с проектом.

ность, коммерческую тайну или другие исключительные права, воплощенные в предложении, вытекающие из него или упомянутые в нем. В частности, организация-заказчик не использует никакой информации, сообщенной или предоставленной стороной, представившей незапрошенное предложение, или от ее имени, в иных целях, чем оценка предложения, кроме как с согласия этой стороны. [Если иное не согласовано сторонами] организация-заказчик в случае отклонения предложения возвращает стороне, предложившей проект, оригиналы и любые копии документов, которые были представлены и подготовлены этой стороной [будь то в материальной форме или в электронном формате] на протяжении всей процедуры.

Типовое положение 21. Незапрошенные предложения, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

[см. рекомендацию 33 и главу III, пункты 113 и 114]

1. За исключением обстоятельств, изложенных в [*типовом положении 17*], организация-заказчик, если она принимает решение об осуществлении проекта, начинает процедуры отбора в соответствии с [*типовыми положениями 6–16*], если организация-заказчик сочтет, что:

a) предполагаемая отдача проекта может быть достигнута без использования прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат стороне, представившей предложение, или которыми она обладает; или

b) предложенная концепция или технология в действительности не является уникальной или новой.

2. Сторона, представившая предложение, приглашается к участию в процедурах отбора, начатых организацией-заказчиком в соответствии с пунктом 1, и ей могут быть предоставлены стимулы или аналогичные льготы [в порядке, описанном организацией-заказчиком в запросе предложений] за подготовку и представление предложения.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые связаны с концепциями и технологиями, защищенными правами собственности

[см. рекомендации 34 и 35 и главу III, пункты 115–117]

1. Если организация-заказчик установит, что условия, предусматриваемые в [*подпунктах a) или b) пункта 1 типового положения 21*], не соблюдены, то от нее не требуется проведения процедур отбора согласно [*типовым положениям 6–16*]. Однако организация-заказчик может попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением в соответствии с положениями, изложенными в пунктах 2–4[30].

2. Когда организация-заказчик намеревается получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением, она публикует описание основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить предложения в течение [разумного срока] [*принимающее государство указывает определенный конкретный срок*].

3. Если предложений в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, в течение [разумного срока] [срока, оговоренного в пункте 2, выше] получено не было, организация-заказчик может начать переговоры со стороной, представившей первоначальное предложение.

4. Если организация-заказчик получает предложения в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, она приглашает представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями, изложенными в [*типовом положении 18*]. В случае если организация-заказчик получает достаточно большое число предложений, которое, как это представляется prima facie, удовлетворяет ее потребностям в области инфраструктуры, организация-заказчик обращается с запросом о представлении предложений согласно [*типовым положениям 10–16*] с учетом любых стимулов или льгот, которые могут быть предоставлены лицу, представившему незапрошенное предложение, в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 21*].

5. Разные положения

Типовое положение 23. Конфиденциальность переговоров

[см. рекомендацию 36 и главу III, пункт 118]

Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия любой содержащейся в них информации конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 16, 17 и 18 или пункту 3 типового положения 22*] являются конфиденциальными. [За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда] каждая сторона переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсуждениями, сообщениями и переговорами в соответствии с вышеупомянутыми положениями, без согласия на то другой стороны.

Типовое положение 24. Уведомление о выдаче подряда на проект

[см. рекомендацию 37 и главу III, пункт 119]

За исключением проектов в области инфраструктуры, подряд на которые выдан согласно [*подпункту c) типового положения 17*], организация-заказчик обеспечивает публикацию уведомления о выдаче подряда на проект в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, которые регулируют вопросы публикации уведомлений о выдаче подрядов*]. В уведомление включаются указание концессионера и резюме основных условий концессионного соглашения.

---

[30] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии специальной процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, подпадающих под действие данного типового положения; такая процедура может, mutatis mutandis, строиться на основе процедуры запроса предложений, изложенной в статье 48 Типового закона о закупках.

Типовое положение 25. Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда

[см. рекомендацию 38 и главу III, пункты 120–126]

Организация-заказчик ведет надлежащую отчетность, в которую включается информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о публичных закупках, которые регулируют вопросы ведения отчетности о процедурах закупок*][31].

[31] Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, потребуется, возможно, урегулировать в правилах, изданных принимающим государством во исполнение данного типового положения, если только подобных правил уже не существует в законодательстве принимающего государства, регулирующем вопросы закупок. Эти вопросы рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках.

Типовое положение 26. Процедуры обжалования

[см. рекомендацию 39 и главу III, пункты 127–131]

Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия или бездействие организации-заказчика в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы обжалования решений, вынесенных в рамках процедур закупки*][32].

[32] Элементы для создания надлежащей системы обжалования рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 127–131. Они также содержатся в главе VI Типового закона о закупках.

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.2

Проекты типовых законодательных положений 27–50

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

			Стр.
III.	СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ		110
	Типовое положение 27.	Содержание концессионного соглашения	110
	Типовое положение 28.	Применимое право	111
	Типовое положение 29.	Организационное устройство концессионера	111
	Типовое положение 30.	Собственность на активы	111
	Типовое положение 31.	Приобретение строительной площадки	111
	Типовое положение 32.	Сервитуты	111
	Типовое положение 33.	Финансовые механизмы	112
	Типовое положение 34.	Обеспечительные интересы	112
	Типовое положение 35.	Уступка концессионного соглашения	112
	Типовое положение 36.	Передача контрольного пакета акций компании-концессионера	112
	Типовое положение 37.	Эксплуатация инфраструктуры	112
	Типовое положение 38.	Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве	113
	Типовое положение 39.	Пересмотр концессионного соглашения	113
	Типовое положение 40.	Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика	113
	Типовое положение 41.	Замена концессионера	113
IV.	СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ		113
	1.	Срок действия и продление проектного соглашения	113
	Типовое положение 42.	Срок действия и продление концессионного соглашения	113
	2.	Прекращение проектного соглашения	114
	Типовое положение 43.	Прекращение концессионного соглашения организацией-заказчиком	114
	Типовое положение 44.	Прекращение концессионного соглашения концессионером	114
	Типовое положение 45.	Прекращение концессионного соглашения любой из сторон	114

Стр.

3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения 114
Типовое положение 46. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения 114
Типовое положение 47. Этап завершения и меры в переходный период 114

V. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ 114
Типовое положение 48. Споры между организацией-заказчиком и концессионером 114
Типовое положение 49. Споры с участием концессионера и его кредиторов, подрядчиков и поставщиков 115
Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры 115

III. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

Типовое положение 27. Содержание концессионного соглашения

[см. рекомендацию 40 и главу IV, пункт 1–11]

В концессионном соглашении регулируются такие вопросы, какие сочтены сторонами уместными, включая следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, и услуг, которые должны быть предоставлены концессионером [*см. пункт 1 главы IV*];

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному соглашению [*см. рекомендацию 5*];

c) помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 6*];

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с [*типовым положением 29*] [*см. рекомендацию 42 и проект типового положения 29*];

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 30–32*] [*см. рекомендации 44 и 45 и проекты типовых положений 30–32*];

f) вознаграждение концессионера, в частности и если это уместно, право концессионера на установление, получение или взимание тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки таких тарифов или сборов; и любые платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом [*см. рекомендации 46 и 48*];

g) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры [*см. рекомендацию 52*];

h) объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях [*см. рекомендацию 53 и проект типового положения 37*];

i) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями [*см. рекомендацию 54 b)*];

j) объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях [*см. рекомендацию 54 a)*];

k) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией–заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i)*, выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер [*см. главу IV, пункты 73–76*];

l) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами [*см. рекомендацию 56*];

m) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 58 a) и b)*];

n) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон [*см. рекомендацию 58 e)*];

o) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном соглашении, в результате обстоятельств,

находящихся вне сферы ее разумного контроля [*см. рекомендацию 58 d)*];

p) срок действия проектного соглашения и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении [*см. рекомендацию 61*];

q) способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 46*] [*см. рекомендацию 67*];

r) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером [см. рекомендации 41 и 69 и проекты положений 28 и 48].

Типовое положение 28. Применимое право

[см. рекомендацию 41 и главу IV, пункты 5–8]

Концессионное соглашение регулируется законодательством принимающего государства [если иное не предусмотрено в концессионном соглашении][1].

Типовое положение 29. Организационное устройство концессионера

[см. рекомендации 42 и 43 и главу IV, пункты 12–18]

Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии, что соответствующее заявление было сделано в документации для предварительного отбора или в запросе предложений, если это уместно. В концессионном соглашении оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы.

Типовое положение 30. Собственность на активы[2]

[см. рекомендацию 44 и главу IV, пункты 20–26]

В концессионном соглашении оговариваются [когда это необходимо и], если это уместно, какие активы находятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности концессионера. В концессионном соглашении указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям:

a) активы, если таковые имеются, которые концессионер должен, если это уместно, возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями концессионного соглашения;

b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у концессионера; и

c) активы, если таковые имеются, которые концессионер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении концессионного соглашения.

Типовое положение 31. Приобретение строительной площадки

[см. рекомендацию 45 и главу IV, пункты 27–29]

1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями концессионного соглашения [приобретает] [предоставляет в распоряжение концессионера] или, если это уместно, оказывает концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, включая право собственности, какие могут быть необходимы для осуществления проекта.

2. Любое принудительное приобретение земельного участка, который может потребоваться для выполнения проекта, осуществляется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые регулируют вопросы принудительного приобретения частной собственности публичными органами в публичных интересах*] и условиями концессионного соглашения.

Типовое положение 32. Сервитуты[3]

[см. рекомендацию 45 и главу IV, пункт 30]

[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собст-

---

[1] Вопрос о том, могут ли стороны концессионного соглашения избрать в качестве права, регулирующего это соглашение, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах по-разному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 5–8), в некоторых странах концессионные соглашения могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проекта в области инфраструктуры (в общем плане см. *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", раздел B).

[2] Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичными предприятиями объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47–53). Эти общие программные решения обычно определяют подход к законодательному регулированию вопросов собственности на связанные с проектами активы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 20–26). Независимо от общей или секторальной политики, проводимой принимающей страной, режим собственности на различные активы, связанные с проектом, должен быть четко определен и основываться на достаточных законодательных полномочиях. В этих вопросах необходима ясность, поскольку предусматриваемые решения будут непосредственно затрагивать способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансирования проекта (там же, пункты 52–61). С учетом гибких подходов, используемых в различных правовых системах, в данном типовом положении не предусматривается безоговорочная передача всех активов организации-заказчику, а допускается возможность проведения различия между активами, которые должны быть переданы организации-заказчику, активами, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору, и активами, которые остаются в частной собственности концессионера.

[3] Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим концессионером или может быть приобретено публичным органом в принудительном порядке одновременно с приобретением проектной площадки. Несколько иной альтернативный вариант может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо длясооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 30–32). Цель альтернативных формулировок, предложенных в квадратных скобках в начале текста типового положения, состоит в том, чтобы отразить эти варианты.

венности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта [в соответствии с (*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые регулируют сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании – поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами)*].

Типовое положение 33. Финансовые механизмы

[см. рекомендацию 46 и главу IV, пункты 33–51]

Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном соглашении предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением][4].

Типовое положение 34. Обеспечительные интересы

[см. рекомендацию 49 и главу IV, пункты 52–61]

1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном соглашении[5], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:

a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах;

b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.

2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, когда создание такого обеспечения не допускается законом [*принимающего государства*].

Типовое положение 35. Уступка концессионного соглашения

[см. рекомендацию 50 и главу IV, пункты 62 и 63]

Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 34*], права и обязательства концессионера согласно концессионному соглашению не могут быть [полностью или частично] уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном соглашении оговариваются условия, при которых организация-заказчик [может дать] [дает] свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному соглашению, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому соглашению и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги.

Типовое положение 36. Передача контрольного пакета[6] акций компании-концессионера

[см. рекомендацию 51 и главу IV, пункты 64–68]

Если иное не предусмотрено в концессионном соглашении, контрольный пакет акций компании-концессионера не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном соглашении оговариваются условия, при которых [может быть дано] [дается] согласие организации-заказчика.

Типовое положение 37. Эксплуатация инфраструктуры

[см. рекомендацию 53 и главу IV, пункты 80–93 (применительно к пункту 1) и рекомендацию 55 и главу IV, пункты 96 и 97 (применительно к пункту 2)]

1. В концессионном соглашении устанавливается, если это уместно, объем обязательств концессионера по обеспечению:

a) приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее;

b) непрерывности предоставления услуги;

c) предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;

d) недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

2. [Концессионер обладает правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим уч-

---

[4] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, рамки регулирования во многих странах включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, требуя, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46).

[5] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры.

[6] Понятие "контрольный пакет" обычно подразумевает полномочия назначать администрацию корпорации и оказывать влияние на ее коммерческие операции или определять такие операции. В различных правовых системах или даже в различных сводах правовых положений в рамках одной и той же правовой системы могут применяться разные критерии, начиная от формальных критериев признания контрольным пакетом наличия такой ситуации, когда в собственности какого-либо лица находится определенное количество акций (обычно более 51 процента), рассчитанное исходя из общей совокупности голосов, принадлежащих всем классам акций какой-либо корпорации, и до более сложных критериев, учитывающих фактическую управленческую структуру корпорации. Принимающим государствам, в которых отсутствует законодательное определение понятия "контрольного пакета", возможно, потребуется определить этот термин в правилах, принимаемых во исполнение данного типового положения.

реждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.]

Типовое положение 38. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

[см. рекомендацию 58 c) и главу IV, пункты 122–125]

В концессионном соглашении устанавливается объем, в котором концессионер имеет право на компенсацию, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного соглашения существенно возрастут или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократится по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги.

Типовое положение 39. Пересмотр концессионного соглашения

[см. рекомендацию 58 c) и главу IV, пункты 126–130]

Вариант A

1. Без ущерба для [*типового положения 38*] в концессионном соглашении может далее устанавливаться объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного соглашения в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного соглашения существено возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

a) изменений в экономических или финансовых условиях; или

b) изменений в законодательстве или регулировании, иных чем те, о которых говорится в [*типовом положении 38*].

2. [Если иное не предусмотрено в концессионном соглашении] ходатайство о пересмотре концессионного соглашения согласно пункту 1 не может быть удовлетворено, кроме как в тех случаях, когда экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения:

a) происходят после заключения контракта;

b) происходят вне сферы контроля концессионера; и

c) носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного соглашения, или избежать, или преодолеть их последствия.

3. В концессионном соглашении устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного соглашения после наступления любых таких изменений.

Вариант B

Без ущерба для [*типового положения 38*] в концессионном соглашении может далее устанавливаться объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного соглашения в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного соглашения существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате изменений экономических или финансовых условий или изменений в законодательстве или регулировании, иных чем те, о которых говорится в [*типовом положении 38*].

Типовое положение 40. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

[см. рекомендацию 59 и главу IV, пункты 143–146]

В обстоятельствах, указанных в концессионном соглашении, организация-заказчик имеет право временно взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации-заказчика.

Типовое положение 41. Замена концессионера

[см. рекомендацию 60 и главу IV, пункты 147–150]

Организация-заказчик и субъекты, предоставляющие финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, могут согласовать процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного соглашения в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного соглашения, или возникновения иных аналогичных обстоятельств, как это может быть согласовано организацией-заказчиком и субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры[7].

IV. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ

1. Срок действия и продление проектного соглашения

Типовое положение 42. Срок действия и продление концессионного соглашения

[см. рекомендацию 62 и главу V, пункты 2–8]

1. Срок действия концессионного соглашения, как он оговорен в соответствии с [*типовым положением 27 p)*] не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств:

---

[7] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного соглашения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны, возможно, пожелают обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика.

a) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон;

b) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов;

c) [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*].

2. Срок действия концессионного соглашения может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном соглашении, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально предусмотренного срока.

2. Прекращение проектного соглашения

Типовое положение 43. Прекращение концессионного соглашения организацией-заказчиком

[см. рекомендацию 63 и главу V, пункты 14–27]

Организация-заказчик может прекратить концессионное соглашение:

a) в случае, когда она не может более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;

b) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру, как это согласовано в концессионном соглашении;

c) [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*].

Типовое положение 44. Прекращение концессионного соглашения концессионером

[см. рекомендацию 64 и главу V, пункты 28–33]

Концессионер не может прекратить концессионное соглашение, кроме как в следующих обстоятельствах:

a) в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа своих обязательств в связи с концессионным соглашением;

b) в случае, когда исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате действий организации-заказчика, непредвиденных изменений в условиях или действий других публичных органов и когда стороны не смогли договориться о соответствующем пересмотре концессионного соглашения.

Типовое положение 45. Прекращение концессионного соглашения любой из сторон

[см. рекомендацию 65 и главу V, пункты 34 и 35]

Любая из сторон имеет право прекратить концессионное соглашение, в случае когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны также имеют право прекратить концессионное соглашение по обоюдному согласию.

3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения

Типовое положение 46. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного соглашения

[см. рекомендацию 67 и главу V, пункты 43–49]

В концессионном соглашении оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного соглашения, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполненных по проектному соглашению, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль.

Типовое положение 47. Этап завершения и меры в переходный период

[см. рекомендацию 68 и главу V, пункты 50–62]

В концессионном соглашении [могут устанавливаться] [устанавливаются], если это уместно, права и обязательства сторон в отношении:

a) механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;

b) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

c) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

d) продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

V. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ

Типовое положение 48. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

[см. рекомендацию 69 и главу VI, пункты 3–41]

Вариант A

Любые споры между организацией-заказчиком и концессионером урегулируются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном соглашении [*в соответствии с законодательством принимающего государства*].

Вариант B

Организация-заказчик имеет право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые могут возникнуть между сторонами концессионного соглашения, какие наилучшим образом отвечают потребностям проекта в области инфраструктуры.

Типовое положение 49. Споры с участием концессионера и его кредиторов, подрядчиков и поставщиков

[см. рекомендацию 70 и главу VI, пункт 42]

1. Концессионер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой.

2. Концессионер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами.

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

[см. рекомендацию 71 и главу VI, пункты 43–45]

[Когда концессионер предоставляет услуги населению или эксплуатирует объект инфраструктуры, доступный для населения, организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.]

A/CN.9/522

C. Проект добавления к *Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*: записка Секретариата

(A/CN.9/522 и Add.1 и 2) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	*Стр.*
I.	ВВЕДЕНИЕ	1–11	116
II.	ПРОЕКТ ДОБАВЛЕНИЯ К *РУКОВОДСТВУ ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ*: ПРОЕКТЫ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ	12–86	117
	A. Общие положения	13–18	117
	B. Выбор концессионера	19–54	118
	C. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры	55–73	120
	D. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора	74–82	122
	E. Урегулирование споров	83–86	123
III.	ВОПРОСЫ, НЕ ОХВАЧЕННЫЕ В ПРОЕКТАХ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ	87–100	123
	A. Вопросы, рассматриваемые в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	87–91	123
	B. Вопросы, рассматриваемые в главе II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	92–94	124
	C. Вопросы, рассматриваемые в главе IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	95–99	124
	D. Вопросы, рассматриваемые в главе V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*	100	124
IV.	ВЗАИМОСВЯЗЬ МЕЖДУ ПРОЕКТАМИ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ И РЕКОМЕНДАЦИЯМИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	101–105	125

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцать третьей сессии, проходившей в Нью-Йорке 12 июня – 7 июля 2000 года, Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) приняла *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, содержащее рекомендации по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.9), с изменениями, принятыми Комиссией на этой сессии, и комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.1–8), разработку которых Секретариату было поручено завершить с учетом итогов работы Комиссии[1]. *Руководство для законодательных органов* было опубликовано на всех официальных языках в 2001 году.

2. На этой же сессии Комиссия рассмотрела также предложение в отношении будущей работы в этой области. Было высказано предположение, что, хотя *Руководство для законодательных органов* может оказаться полезным справочным документом для законодателей различных стран при разработке правовых основ, благоприятствующих частным инвестициям в публичную инфраструктуру, было бы тем не менее желательно, чтобы Комиссия разработала более конкретные рекомендации в форме типовых законодательных положений или даже в форме типового закона, регулирующего конкретные вопросы[2].

3. Рассмотрев это предложение, Комиссия решила, что вопрос о желательности и практической возможности подготовки типового закона или типовых законодательных положений по отдельным вопросам, охватываемым *Руководством для законодательных органов*, должен быть рассмотрен Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. В целях содействия принятию Комиссией взвешенного решения по этому вопросу Секретариату было предложено организовать в сотрудничестве с другими заинтересованными международными организациями и международными финансовыми учреждениями коллоквиум для распространения информации о *Руководстве для законодательных органов*[3].

4. Коллоквиум по теме "Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников: правовые основы и техническая помощь" был организован при участии и организационной помощи со стороны Консультативного комитета по объектам инфраструктуры, находящимся в публичной/частной собственности (ККОИ), являющегося междонорской организацией по предоставлению технической помощи, направленной на оказание развивающимся странам содействия в повышении качества их инфраструктуры посредством привлечения частного сектора. Коллоквиум был проведен 2–4 июля 2001 года в Вене в рамках второй недели работы тридцать четвертой сессии Комиссии.

5. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия с удовлетворением приняла к сведению результаты Коллоквиума, которые были обобщены в записке Секретариата (A/CN.9/488). Комиссия выразила признательность ККОИ за предоставленную им финансовую и организационную поддержку, а также различным международным межправительственным и неправительственным организациям, которые были представлены на этом мероприятии, и участникам, выступившим на Коллоквиуме.

6. Различные мнения, высказанные по вопросу о желательности и практической возможности дальнейшей работы Комиссии в области объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, отражены в докладе Комиссии о работе ее тридцать четвертой сессии[4]. Комиссия согласилась с тем, что задачу составления основных типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, следует поручить одной из рабочих групп. Комиссия пришла к мнению, что для выполнения в разумный срок дальнейшей работы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, необходимо выделить определенную конкретную область из числа многочисленных вопросов, рассматриваемых в *Руководстве для законодательных органов*. Соответственно было достигнуто согласие в отношении того, что первая сессия рабочей группы должна быть посвящена определению конкретных вопросов, по которым могут быть сформулированы типовые законодательные положения, которые, возможно, станут добавлением к *Руководству*[5].

7. Рабочая группа (ранее именовавшаяся Рабочей группой по временным пределам и исковой давности (погасительным срокам) в международной купле-продаже товаров) провела свою четвертую сессию в Вене 24–28 сентября 2001 года. В распоряжении Рабочей группы имелось *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*. Рабочая группа постановила использовать рекомендации по законодательным вопросам, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*, в качестве основы для своих обсуждений.

8. В соответствии с предложением, внесенным на Коллоквиуме (A/CN.9/488, пункт 19), Рабочей группе было предложено сосредоточить свое внимание на одном из этапов осуществления проектов в области инфраструктуры, а именно на выборе концессионера, с целью выработки конкретных редакционных набросков для законодательных положений. Тем не менее Рабочая группа сочла желательной и подготовку типовых законодательных положений по целому ряду других вопросов (см. A/CN.9/505, пункты 18–174). Рабочая группа просила Секретариат подготовить проекты типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на основе проведенных обсуждений и принятых решений и представить их Рабочей группе для рассмотрения и дальнейших обсуждений на ее пятой сессии.

9. Рабочая группа продолжила свою работу по подготовке ключевых типовых законодательных положений (далее в тексте – "проекты типовых положений") на своей пятой сессии, проведенной в Вене 9–13 сентября 2002 года. Рабочая группа рассмотрела проекты типовых положений, которые были подготовлены Секретариатом при помощи внешних экспертов, и одобрила их текст, как он изложен в приложении к докладу о работе этой сессии (A/CN.9/521). Рабочая группа просила Секретариат распространить проекты типовых положений среди государств в целях полу-

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 195–368.

[2] Там же, пункт 375.

[3] Там же, пункт 379.

[4] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/56/17), пункты 366–369.

[5] Там же, пункт 369.

чения от них замечаний и представить проекты типовых положений вместе с полученными от государств замечаниями на рассмотрение и утверждение Комиссии на ее тридцать шестой сессии, проведение которой планировалось в Вене на 30 июня – 18 июля 2003 года.

10. В раздел II настоящего документа включены краткие пояснительные комментарии к проектам типовых положений. В разделе III затрагиваются те рассмотренные в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* вопросы, по которым проектов типовых положений не составлялось. В разделе IV на рассмотрение Комиссии представляются возможные варианты решений, касающихся взаимосвязи между проектами типовых положений и рекомендациями по законодательным вопросам.

11. В добавлениях к настоящей записке содержатся следующие тексты: *a)* проекты типовых положений, как они были одобрены Рабочей группой; и *b)* сопоставительная таблица, включающая параллельные тексты проектов типовых положений и рекомендаций по законодательным вопросам, к которым они относятся.

II. ПРОЕКТ ДОБАВЛЕНИЯ К *РУКОВОДСТВУ ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ*: ПРОЕКТЫ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

12. В соответствии с просьбами Комиссии и Рабочей группы проекты типовых положений были подготовлены Секретариатом при помощи внешних экспертов. В проектах типовых положений развиваются законодательные принципы, лежащие в основе тех содержащихся в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* рекомендаций по законодательным вопросам, на основании которых согласно решениям, принятым на четвертой и пятой сессиях Рабочей группы, должны быть составлены проекты типовых законодательных положений. В соответствующих случаях эти положения сопровождаются сносками с целью представления вниманию законодателей в принимающих государствах конкретных советов и рекомендаций относительно принципиальных вопросов, связанных с соответствующими проектами типовых положений и имеющимися для их осуществления вариантами. Для облегчения использования структура проектов типовых положений в максимально возможной степени приближена к структуре рекомендаций по законодательным вопросам, содержащимся в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

A. Общие положения

Типовое положение 1. Преамбула

13. На своей четвертой сессии Рабочая группа подтвердила, что оба содержащиеся в законодательной рекомендации 1 положения носят общий характер и как таковые не подходят для переложения на язык законодательных норм. Однако Рабочая группа согласилась с тем, что содержание этой рекомендации вполне можно было бы сохранить в качестве напоминания о широких целях, которые должны преследоваться в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, возможно, в преамбуле или в пояснительных примечаниях к типовым законодательным положениям, разработку которых Рабочая группа может посчитать целесообразной (A/CN.9/505, пункт 91).

Типовое положение 2. Определения

14. Если не указывается иное, то все определения, включенные в этот проект типового положения, взяты из *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* или основываются на нем (см., в частности, *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 9–20).

Организация-заказчик

15. Путем увязывания концепций "организации-заказчика" и "концессионного договора" предлагаемое определение преследует цель избежать трудностей, связанных со ссылками на учреждения, несущие фактическую ответственность за осуществление проектов в области инфраструктуры.

Концессионный договор

16. Рабочая группа отметила, что ввиду сложности разработки определения понятия "концессия", которое оказалось бы приемлемым для различных правовых систем, Секретариат предложил объединить понятия "проектное соглашение" и "концессия", которые используются в *Руководстве для законодательных органов*, в рамках одного определения. Использование слов "концессионное соглашение" вместо аналогичного понятия "проектное соглашение", которое используется в *Руководстве для законодательных органов*, как отмечалось, будет способствовать включению проектов типовых положений во внутренние законодательные системы, поскольку термин "концессионное соглашение", который ранее более широко использовался только в странах гражданского права, в настоящее время все активнее применяется также и в системах общего права.

17. Исходя из этого, Рабочая группа решила, что таким словам, как "концессионное соглашение" или "концессионный договор", следует отдать предпочтение по сравнению с термином "проектное соглашение". Из имеющихся вариантов предпочтение было в конечном счете отдано формулировке "концессионный договор", поскольку она уже используется во многих правовых системах и позволяет избежать некоторой неясности, присущей слову "соглашение", которое, по мнению некоторых делегаций, целесообразнее использовать в публично-правовом контексте (A/CN.9/521, пункты 34 и 35).

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные договоры

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

18. В проекте типового положения 3 отражена законодательная рекомендация 2, а в проекте типового положения 4 – законодательная рекомендация 4.

B. Выбор концессионера

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

19. В этом проекте типового положения отражены принципы, лежащие в основе законодательной рекомендации 14. Цель сопроводительных сносок состоит в разъяснении тесной взаимосвязи между процедурами выбора концессионера и общим законодательством принимающего государства в области правительственных закупок.

1. Предварительный отбор участников процедур

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

20. Хотя не имеется какой-либо конкретной законодательной рекомендации, отражающей существо пункта 1 проекта положения 6, это положение было сочтено необходимым для дополнения остальных правил, касающихся предварительного отбора, с тем чтобы разъяснить цель этого процесса и предусмотреть базовые нормы, регулирующие соответствующие процедуры (см. A/CN.9/521, пункт 45). Это типовое положение основывается на пункте 1 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (далее в тексте – "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках").

21. В пункт 3 включены некоторые дополнительные элементы, основывающиеся на пункте 36 главы III *Руководства для законодательных органов*. Элементы, упомянутые в пункте 4, были добавлены для обеспечения прозрачности в отношении важной информации, упоминаемой в проектах типовых положений 7–9 и 30.

22. В пункте 5 разъясняется, что общие нормы принимающего государства, касающиеся предварительного отбора участников процедур, применяются только в той степени, в какой соответствующие вопросы не урегулированы в пунктах 1–4 проекта типового положения.

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

23. В типовом положении 7 отражено содержание законодательной рекомендации 15.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

24. В пунктах 1 и 2 этого проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 16. В пункте 2 подтверждается по сути ограничительный подход, занятый Комиссией в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* и состоящий в том, что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, прямо или через дочерние компании, в представлении только одной заявки на осуществление проекта. В то же время содержащаяся в пункте 2 ссылка на возможность исключений преследует цель сделать это правило более гибким, что будет, возможно, необходимым в тех случаях, когда проект, с учетом особого опыта и квалификации какой-либо определенной компании, не может быть осуществлен без ее участия.

25. Пункты 1 и 2 были подготовлены с тем, чтобы отразить рекомендацию, содержащуюся в пунктах 41 и 42 главы III "Выбор концессионера" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

26. Хотя не имеется какой-либо конкретной рекомендации по законодательным вопросам, отражающей существо пункта 1 проекта типового положения 9, данное положение представляется необходимым для разъяснения порядка, в котором принимается решение о квалификационных данных участников процедур. Это положение основывается на пункте 5 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

27. В пункте 2 этого проекта типового положения отражена законодательная рекомендация 17.

28. В отличие от *Руководства для законодательных органов* в типовых законодательных положениях не используется таких формулировок, как "краткий список" и "окончательный список". Рабочая группа пришла к мнению, что подобные формулировки не являются необходимыми в законодательном тексте для определения списка участников процедур, которым впоследствии организация-заказчик предложит представить свои предложения (A/CN.9/521, пункт 60).

2. Процедура запроса предложений

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

29. Пункт 1, в котором отражена цель законодательной рекомендации 18, основывается на статье 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

30. В пунктах 2 и 3 отражена законодательная рекомендация 19. В пункте 3 *a)* содержится ссылка на "основные договорные условия, предложенные организацией-заказчиком", а не просто на "предложенные договорные условия", с тем чтобы избежать создания впечатления, что от организации-заказчика будет ожидаться подготовка подробной договорной документации на этом раннем этапе процесса отбора. Пункт 3 *b)* представляет собой слегка измененный вариант подпункта *b)* законодательной рекомендации 19, который был приведен в соответствие с обсуждением, проводимым в пункте 57 главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, с тем чтобы четко указать на тот момент, что встречи, организуемые на этом этапе, необязательно должны предполагать привлечение всех участников процедур. В пункте 3 *c)* развиваются положения подпункта *c)* законодательной рекомендации 19 и указываются элементы, о которых упоминается в пункте 58 главы III *Руководства для законодательных органов*. Пункт 3 *d)*, который основывается на пункте 4 статьи 46 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, был добавлен с целью разъяснения последовательности действий в ходе первого этапа процедур.

31. Для целей прозрачности и отчетности в пункт 3 *b)* было включено требование, чтобы организация-заказчик составляла протоколы любых встреч или обсуждений, проводимых с участниками процедур, с изложением вопросов, поднятых участниками процедур, и разъяснений, которые были даны организацией-заказчиком (A/CN.9/521, пункт 68). Для этих же целей, а также для того, чтобы ограничить возможности для внесения несправедливых изменений в пользу отдельных участников процедур, в

пункте 3 *c)* устанавливается требование, чтобы организация-заказчик указывала в отчете о процедурах отбора, который необходимо вести в соответствии с проектом типового положения 26, основания для любых поправок или изменений в элементах запроса предложений в соответствии с пунктом 3 *c)* (A/CN.9/521, пункт 69).

Типовое положение 11. Содержание запроса предложений

32. В типовом положении 11 отражена законодательная рекомендация 20. С учетом второго предложения законодательной рекомендации 26 и обсуждения, проведенного в пункте 69 главы III *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, в подпункте *c)* требуется, чтобы в запросе предложений содержалось указание тех условий договора, которые были определены организацией-заказчиком в качестве не подлежащих обсуждению. В подпункте *d)* содержится прямая ссылка на минимальные требования для оценки предложений, о которых говорится в законодательной рекомендации 24.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

33. Хотя по данному вопросу не существует какой-либо конкретной законодательной рекомендации, Рабочая группа пришла к мнению, что этот проект типового положения является полезным, поскольку обстоятельства, при которых права на такое обеспечение могут быть утрачены в ходе процедур отбора, касающихся осуществления проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников, могут отличаться от обстоятельств, при которых могут утрачиваться права на тендерное обеспечение в случае других видов закупок (A/CN.9/521, пункт 76).

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

34. В этом типовом законодательном положении отражена законодательная рекомендация 21. Цель включения дополнительной формулировки – разъяснить содержание изменений, вносимых в запрос предложений. Цель включения перекрестной ссылки на проект типового положения 11 – напомнить организации-заказчику о необходимости воздерживаться от внесения необоснованных изменений в основные элементы запроса предложений. В целях обеспечения прозрачности от организации-заказчика требуется указывать в отчете о процедурах отбора, который необходимо вести в соответствии с проектом типового положения 26, основания для любых поправок или изменений в элементах запроса предложений, упомянутых в этом проекте типового положения (A/CN.9/521, пункт 82).

Типовое положение 14. Критерии оценки

35. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 22 и 23, которые для простоты прочтения были объединены.

36. Рабочая группа согласилась с предложением внешних экспертов, с которыми провел консультации Секретариат, что подпункт *d)* рекомендации 22 "Открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития" было бы более уместно перечислить в числе коммерческих аспектов предложений (рекомендация 23). В силу этого он приводится как пункт 2 *g)* типового положения 14 (A/CN.9/521, пункт 86).

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

37. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 24. Его название было изменено, с тем чтобы более четко отразить содержание этого типового положения. Для разъяснения последовательности действий организации-заказчика при оценке предложений было включено новое положение, содержащееся в пункте 1.

Типовое положение 16. Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев

38. Этот проект типового положения, который ранее являлся пунктом 3 проекта типового положения 9, был помещен в отдельное типовое положение, поскольку Рабочая группа хотела подчеркнуть, что требования организации-заказчика о повторном подтверждении выполнения участником процедур квалификационных критериев часто будут выдвигаться после завершения этапа предварительного отбора. В этом проекте типового положения отражено содержание рекомендации 25. В интересах уточнения, какие именно квалификационные критерии должна применять в такой ситуации организация-заказчик, Рабочая группа согласилась добавить к новому типовому законодательному положению сноску, отражающую существо последнего предложения пункта 6 статьи 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках (A/CN.9/521, пункты 92 и 93).

Типовое положение 17. Заключительные переговоры

39. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 26 и 27, которые для простоты прочтения были объединены. С учетом предложений, внесенных в ходе консультаций Секретариата с внешними экспертами, в пункт 2 включено требование, чтобы участникам процедур направлялись уведомления и просьбы представить "наилучшую и окончательную оферту" к оговоренной дате до прекращения переговоров организацией-заказчиком. Процедура, предписываемая в этой связи в проекте типового положения, учитывает пункт 8 статьи 48 и пункт 4 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

3. Выдача концессии без проведения конкурентных процедур

Типовое положение 18. Обстоятельства, допускающие выдачу концессии без проведения конкурентных процедур

40. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 28.

41. В целях обеспечения прозрачности на переговорах в соответствии с подпунктом *f)* Рабочая группа согласилась с введением требования к организации-заказчику указывать причины любого отхода от первоначальных проектных спецификаций и договорных условий в отчетности, которую она обязана вести в соответствии с типовым положением 26. Рабочая группа также согласилась добавить с этой целью сноску к подпункту *f)* (A/CN.9/521, пункт 103).

42. На четвертой сессии Рабочей группы было высказано предположение, что подпункт *g)* следует расширить за счет добавления слов "или другие случаи такого исключительного характера, как они определяются в законодатель-

стве" (см. A/CN.9/505, пункт 63). На своей пятой сессии Рабочая группа согласилась с тем, что эта формулировка должна быть сохранена, однако ее следует поместить в сноске к этому пункту, а не в самом его тексте. Рабочая группа также согласилась с мнением, что квадратные скобки, в которые помещено слово "веским", следует снять (A/CN.9/521, пункт 104).

Типовое положение 19. Процедуры переговоров по концессионному договору

43. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 29. Первоначальный подпункт *c)* законодательной рекомендации 29 в настоящее время охватывается общим положением об уведомлении о выдаче подряда на проект в проекте типового положения 25.

44. С целью повышения прозрачности при заключении концессионного договора без проведения конкурентных процедур Рабочая группа согласилась с тем, чтобы формулировка подпункта *b)* предусматривала, что участник процедур, с которым организация-заказчик ведет прямые переговоры, должен будет подтвердить выполнение определенных квалификационных требований. Было согласовано, что с этой целью к этому пункту будет добавлена сноска (A/CN.9/521, пункт 108).

4. Незапрошенные предложения

Типовое положение 20. Приемлемость незапрошенных предложений

45. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 30.

Проект положения 21. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

46. В этом проекте типового положения отражены законодательные рекомендации 31 и 32. В пункте 3 проекта типового положения развивается содержание законодательной рекомендации 32 с целью разъяснения взаимосвязи между правами интеллектуальной собственности стороны, предложившей проект, и использованием организацией-заказчиком информации, представленной этой стороной.

47. В пункт 1 было включено слово "потенциально" с учетом того факта, что на такой ранней стадии рассмотрения незапрошенного предложения невозможно окончательно определить, рассматривается ли тот или иной проект в качестве отвечающего публичным интересам. К этому пункту была добавлена сноска, поскольку принимающее государство может пожелать установить, возможно в специальных правилах, критерии оценки квалификационных данных представившей предложение стороны, которые могли бы основываться на квалификационных критериях, предусмотренных в проекте типового положения 7 (A/CN.9/521, пункты 114 и 115).

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

48. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 33.

49. Вместо союза "или" между подпунктами *a)* и *b)* пункта 1 использован союз "и", поскольку Рабочая группа пришла к мнению, что должны соблюдаться оба этих условия (A/CN.9/521, пункт 120).

Типовое положение 23. Незапрошенные предложения, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

50. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 34 и 35.

5. Разные положения

Типовое положение 24. Конфиденциальность переговоров

51. В типовом положении 23 отражено содержание законодательной рекомендации 36. Первое предложение взято из статьи 45 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Ссылка на "агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов" была добавлена с тем, чтобы избежать излишне ограничительного толкования этого типового положения.

Типовое положение 25. Уведомление о выдаче подряда на проект

52. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 37.

Типовое положение 26. Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда

53. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 38. Была добавлена сноска, поскольку Рабочая группа сочла, что этот проект типового положения должен включать в себя более настоятельную рекомендацию принимающим государствам провести обзор своего законодательства для обеспечения того, чтобы в нем были отражены признанные международные стандарты прозрачности (A/CN.9/521, пункт 135).

Типовое положение 27. Процедуры обжалования

54. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 39.

C. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Типовое положение 28. Содержание концессионного договора

55. На своей четвертой сессии Рабочая группа в целом придерживалась мнения, что различные вопросы, рассматриваемые в главе IV *Руководства для законодательных органов*, являются по своему характеру договорными и не требуют подготовки каких-либо конкретных проектов типовых положений (см. A/CN.9/505, пункты 110–116). В то же время Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что было бы полезно разработать типовое законодательное положение с перечислением основных вопросов, которые необходимо урегулировать в проектном соглашении. Она просила Секретариат подготовить первоначальный проект такого типового положения на основе использования заголовков, предшествующих рекомендациям 41–68, с воз-

можными изменениями, необходимыми для ясного – однако без излишних подробностей – указания различных аспектов, которые требуется охватить в проектных соглашениях (A/CN.9/505, пункт 114).

56. Во исполнение этой просьбы в данном проекте типового положения, отражающем принципы рекомендации 40, перечисляется ряд вопросов, которые следует урегулировать в проектном соглашении. Некоторые из этих вопросов также являются предметом специальных проектов типовых положений. В то же время другие перечисленные вопросы касаются законодательных рекомендаций, в связи с которыми Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке специальных типовых положений. Их источники указываются ниже:

a) подпункт *a)* частично основывается на пункте 1 главы IV *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*;

b) подпункт *b)* частично касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 5;

c) подпункт *c)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 6;

d) подпункт *d)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 42 и 43 и в проекте типового положения 29;

e) подпункт *e)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 44 и 45 и в проектах типовых положений 30–32;

f) подпункт *f)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях 46 и 48. На пятой сессии Рабочей группы было отмечено, что в некоторых правовых системах вознаграждение концессионера за счет взимания с пользователей тарифов или сборов за использование объекта является одним из составляющих элементов концессии. В этой связи было предложено исключить слова "если это уместно" в первой строке этого пункта. В ответ было замечено, что при составлении проекта типового положения преследовалась цель обеспечить законодателей ориентировочными примерами возможного содержания концессионного договора, а не формулировать заново элементы понятия концессии в рамках той или иной конкретной правовой системы. Для уточнения ориентировочного характера этого пункта было решено заменить слова "в частности и если это уместно, право концессионера на установление, получение или взимание" словами "будь то" (A/CN.9/521, пункт 147);

g) в подпункте *g)* отражено содержание законодательной рекомендации 52;

h) подпункт *h)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 53 и в проекте типового положения 37;

i) в подпункте *i)* отражены законодательные рекомендации 52 и 54 (b);

j) в подпункте *j)* отражена законодательная рекомендация 54 *(a)*;

k) в подпункте *k)* содержится резюме рекомендаций относительно договорных механизмов, которые содержатся в пунктах 73–76 главы IV *Руководства для законодательных органов*, и он естественно дополняет подпункты *h)* и *i)*;

l) в подпункте *l)* отражено содержание законодательной рекомендации 56;

m) в подпункте *m)* отражено содержание законодательной рекомен-дации 58 *a)* и *b)*;

n) в подпункте *n)* отражено содержание законодательной рекомен-дации 58 *(e)*;

o) в подпункте *o)* отражено содержание законодательной рекомендации 58 *d)*;

p) в подпункте *p)* отражено содержание законодательной рекомендации 61;

q) в подпункте *q)* отражено содержание законодательной рекомендации 67;

r) подпункт *r)* касается вопросов, рассматриваемых в законодательной рекомендации 69 и в проекте типового положения 49.

57. Рабочая группа использовала во вводной части этого проекта типового положения слово "например" для того, чтобы подчеркнуть идею о том, что перечень – хотя он и касается важных вопросов – не является обязательным во всей своей полноте. Рабочая группа на своей пятой сессии согласилась с тем, что такой текст не может истолковываться как предполагающий, что договор, не содержащий какого-либо из элементов, перечисленных в проекте типового положения, является недействительным, что не наносит ущерба возможной внутренней ответственности агентов организации-заказчика, поскольку этот вопрос оставлен на урегулирование на основании национальных законов принимающих государств за пределами сферы применения проектов типовых положений (A/CN.9/521, пункты 144–146).

Типовое положение 29. Применимое право

58. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 41 за тем исключением, что в отличие от рекомендации 41 в проекте типового положения предусматривается возможность того, что стороны в концессионном договоре могут согласиться на применение права, иного чем право принимающего государства (A/CN.9/521, пункты 151–153).

Типовое положение 30. Организационное устройство концессионера

59. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 42 и 43.

Типовое положение 31. Собственность на активы

60. В проекте типового положения 31 отражено содержание законодательной рекомендации 44.

Типовое положение 32. Приобретение проектной площадки

Типовое положение 33. Сервитуты

61. В проектах типовых положений 32 и 33 отражено содержание законодательной рекомендации 45, которая для простоты прочтения была сформулирована в виде двух отдельных положений.

Типовое положение 34. Финансовые механизмы

62. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательных рекомендаций 46 и 47.

Типовое положение 35. Обеспечительные интересы

63. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 49.

Типовое положение 36. Уступка концессионного договора

64. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 50.

Типовое положение 37. Передача контрольного пакета акций компании-концессионера

65. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 51.

Типовое положение 38. Эксплуатация инфраструктуры

66. В пункте 1 типового положения 38 отражено содержание законодательных рекомендаций 53 и 55.

67. Рабочая группа вновь рассмотрела вопрос о целесообразности включения типового положения, которое касается права концессионера вводить правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение и которое не было сочтено необходимым Рабочей группой на ее четвертой сессии (см. A/CN.9/505, пункт 144). Было отмечено, что в некоторых странах с установившимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг признается право концессионера вводить правила, направленные на облегчение предоставления услуг (таких, как инструкции для пользователей или правила техники безопасности), принимать разумные меры в целях обеспечения соблюдения этих правил и приостанавливать предоставление услуг в чрезвычайных ситуациях или по соображениям безопасности. Однако с учетом важности некоторых видов таких общедоступных услуг осуществление такого права субъектами, не являющимися правительственными, иногда требует соответствующей законодательной санкции. Исходя из этого Рабочая группа на своей пятой сессии приняла решение о целесообразности сохранения положения, содержащегося в пункте 2 (A/CN.9/521, пункт 183).

Типовое положение 39. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

68. В проекте типового положения 39 отражена законодательная рекомендация 58 *c)*. В то же время в этот проект был добавлен ряд элементов, с тем чтобы отразить подробное обсуждение, проведенное в пунктах 122–125 главы IV *Руководства для законодательных органов*.

Типовое положение 40. Пересмотр концессионного договора

69. В проекте типового положения 40 отражена законодательная рекомендация 58 *c)*. В то же время в этот проект был добавлен ряд элементов, с тем чтобы отразить подробное обсуждение, проведенное в пунктах 126–130 главы IV *Руководства для законодательных органов*.

70. В этом проекте типового положения вопрос о последствиях отсутствия согласия между организацией-заказчиком и концессионером относительно пересмотра концессионного договора не регулируется. Этот вопрос регулируется подпунктом *b)* проекта типового положения 45.

Типовое положение 41. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

71. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 59.

Типовое положение 42. Замена концессионера

72. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 60.

73. На своей пятой сессии Рабочая группа отклонила предложение о том, чтобы в это положение была также включена ссылка на концессионера как на сторону соглашения, в котором предусматриваются условия замены концессионера. Рабочая группа также отклонила предложение о том, чтобы обстоятельства, приводящие к такой замене, ограничивались серьезными нарушениями обязательств концессионера по концессионному договору. Рабочая группа сочла, что предложенные поправки не соответствуют концепции *Руководства для законодательных органов* (см. A/CN.9/521, пункты 201–204).

D. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора

Типовое положение 43. Срок действия и продление концессионного договора

74. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 62.

75. На пятой сессии Рабочей группы было отмечено, что текст проекта типового положения, особенно подпункта *c)*, является излишне конкретизированным и не предусматривает возможности для организации-заказчика и концессионера согласовать в концессионном договоре вопрос о продлении срока концессии. В ответ на это мнение было указано, что данное положение отражает рекомендацию *Руководства для законодательных органов*, в соответствии с которой продление срока разрешается только в том случае, если эта возможность предусмотрена в законе принимающего государства. По этой причине Рабочая группа согласилась сохранить текст этого положения. Затем было предложено добавить к данному положению сноску, которая напоминала бы принимающим государствам, что они могут изъявить желание рассмотреть возможность продления концессионного договора по взаимному согласию организации-заказчика и концессионера в силу настоятельных причин, связанных с публичными интересами. Рабочая группа согласилась с этим предложением (A/CN.9/521, пункты 207 и 208).

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

76. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 63.

77. Для обеспечения более точного соответствия с *Руководством для законодательных органов* и единообразия со сноской, добавленной к предыдущему проекту типового положения 43, в подпункте *b)* перед словом "причины" было добавлено слово "настоятельные". С тем чтобы пояснить для принимающих государств значение понятия "настоятельного" характера публичных интересов, было предложено добавить сноску к подпункту *b)*, содержащую отсылку к соответствующему разделу *Руководства для законодательных органов* (A/CN.9/521, пункт 212).

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора концессионером

78. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 64. Для обеспечения соответствия этого проекта типового положения и проекта типового положения 40 в него был добавлен подпункт *b)*.

79. Перекрестная ссылка на подпункты *h)* и *i)* проекта типового положения 28, содержащаяся в подпункте *c)*, преследует цель указать на характер тех действий других публичных органов, которые могут послужить основанием для возникновения у концессионера права на прекращение концессионного договора. Формулировка "соответствующий пересмотр", использованная в тексте законодательной рекомендации, была заменена словом "пересмотр", поскольку право на прекращение возникает из объективного факта отсутствия согласия на пересмотр, а не из субъективной оценки того, что являлось бы "соответствующим" пересмотром (см. A/CN.9/521, пункт 218).

Типовое положение 46. Прекращение концессионного договора любой из сторон

80. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 65.

Типовое положение 47. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

81. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 67.

Типовое положение 48. Этап завершения и меры в переходный период

82. В подпункте *a)* этого проекта типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 66 и вопросы, упомянутые в пунктах 37–42 главы V *Руководства для законодательных органов*. В подпункте *b)* отражены содержание законодательной рекомендации 68 и вопросы, упомянутые в пунктах 50–62 главы V *Руководства для законодательных органов*.

E. Урегулирование споров

Типовое положение 49. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

83. В этом проекте типового положения отражена законодательная рекомендация 69.

84. На пятой сессии Рабочей группы было отмечено, что в законодательстве некоторых стран уже предусматриваются механизмы урегулирования споров, считающиеся вполне соответствующими потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Не следует препятствовать сторонам концессионного договора в выборе таких механизмов, когда они существуют. Такая возможность предусматривается в сноске к этому положению (см. A/CN.9/521, пункты 232–236).

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

85. Этот проект типового положения, в котором отражено содержание законодательной рекомендации 71, был включен несмотря на тот факт, что Рабочая группа на ее четвертой сессии не просила, чтобы по этому вопросу было подготовлено типовое положение (см. A/CN.9/505, пункт 174). На своей пятой сессии Рабочая группа пересмотрела ранее принятое решение, поскольку она сочла, что в этом проекте типового положения подчеркивается потребность в надлежащих мерах для защиты прав пользователей общедоступных услуг и объектов инфраструктуры, которой отводится важное место во многих правовых системах (см. A/CN.9/521, пункт 242).

Типовое положение 51. Другие споры

86. В этом проекте типового положения отражено содержание законодательной рекомендации 70.

III. ВОПРОСЫ, НЕ ОХВАЧЕННЫЕ В ПРОЕКТАХ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

A. Вопросы, рассматриваемые в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Объем полномочий на выдачу концессий (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 2–5 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 15–22)

87. Применительно к законодательной рекомендации 5 никаких проектов типовых положений не составлялось, хотя Рабочая группа на своей четвертой сессии сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль (см. A/CN.9/505, пункты 93–96). Секретариат указал, что эксперты, с которыми он провел консультации, пришли к мнению о практической невозможности преобразования этой законодательной рекомендации в типовое законодательное положение (см. A/CN.9/WG.I/WP.29, пункт 69). В качестве альтернативы вопрос о степени исключительности концессии может быть упомянут в контексте вопроса о содержании концессионного договора, который рассматривается в проекте типового положения 28, подпункт *b)*.

88. Рабочая группа на своей пятой сессии не высказала возражений против вышеизложенных предложений.

Административная координация (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29)

89. На своей четвертой сессии Рабочая группа сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль (см. A/CN.9/505, пункты 98–100). В то же время с учетом сложности вопросов и различных принципиальных вариантов, упомянутых в этой законодательной рекомендации, эксперты, с которыми провел консультации Секретариат, пришли к мнению, что эту рекомендацию было бы более целесообразно поместить в сноску к тексту типового положения, касающегося полномочий на заключение концессионных договоров, т. е. в сноску к проекту типового положения 3.

90. Рабочая группа на своей пятой сессии не высказала возражений против вышеизложенных предложений.

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53)

91. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо типовых положений (см. A/CN.9/505, пункт 102).

B. Вопросы, рассматриваемые в главе II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 12 и главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29)

92. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо типовых положений (см. A/CN.9/505, пункт 104).

Правительственная поддержка (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 13 и главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60)

93. На своей четвертой сессии Рабочая группа сочла, что типовое положение по этому вопросу играло бы полезную роль (см. A/CN.9/505, пункты 106–108). В то же время с учетом сложности вопросов и различных принципиальных вариантов, упомянутых в этой законодательной рекомендации, эксперты, с которыми провел консультации Секретариат, пришли к мнению, что эту рекомендацию было бы более целесообразно поместить в сноску к тексту типового положения, касающегося полномочий на заключение концессионных договоров (см. предложенную сноску к проекту типового положения 3). В то же время этот вопрос упоминается в подпункте *f)* проекта типового положения 28.

94. Рабочая группа на своей пятой сессии не высказала возражений против вышеизложенных предложений.

C. Вопросы, рассматриваемые в главе IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

Финансовые механизмы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, законодательные рекомендации* 46–48 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 33–51)

95. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных типовых положений в связи с законодательными рекомендациями 47 и 48 (см. A/CN.9/505, пункт 129). В то же время вопросы, рассматриваемые в этих рекомендациях, упоминаются в подпункте *f)* проекта типового положения 28.

Строительные работы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательную рекомендацию 52 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 69–79)

96. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке какого-либо конкретного положения (см. A/CN.9/505, пункт 138). В то же время этот вопрос упоминается в подпункте *g)* проекта типового положения 28.

Эксплуатация инфраструктуры (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 53–55 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 80–97)

97. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в связи с законодательной рекомендацией 54 (см. A/CN.9/505, пункт 142). В то же время эти вопросы упоминаются в подпунктах *i)* и *j)* проекта типового положения 28.

Общие договорные механизмы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, законодательные рекомендации 56–60 и главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 98–150)

98. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в связи с законодательными рекомендациями 56 и 57 (см. A/CN.9/505, пункт 146). В то же время предмет законодательной рекомендации 56 упоминается в подпункте *l)* проекта типового положения 28.

99. Кроме того, Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке каких-либо конкретных положений в отношении законодательной рекомендации 58 *a)*, *b)*, *d)* и *e)* (см. A/CN.9/505, пункт 148). Тем не менее в интересах обеспечения полноты списка, содержащегося в проекте типового положения 28, вопросы, которые затрагиваются в законодательной рекомендации 58 *a)* и *b)*, упоминаются в подпункте *m)* этого проекта типового положения. Аналогично, вопросы, затрагиваемые в законодательной рекомендации 58 *d)* и *e)*, упоминаются в подпунктах *n)* и *o)* проекта типового положения 28.

D. Вопросы, рассматриваемые в главе V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения" *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*

100. Рабочая группа не обращалась с просьбой о подготовке какого-либо конкретного положения в связи с законодательной рекомендацией 66 (см. A/CN.9/505, пункт 160). В то же время этот вопрос в общем виде упоминается в подпункте *a)* проекта типового положения 48.

IV. ВЗАИМОСВЯЗЬ МЕЖДУ ПРОЕКТАМИ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ И РЕКОМЕНДАЦИЯМИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

101. На своей пятой сессии Рабочая группа подробно обсудила взаимосвязь между проектами типовых положений и *Руководством для законодательных органов* (A/CN.9/521, пункты 18–21). Было достигнуто общее соглашение, что проекты типовых положений не отступают от программных соображений и принципов, лежащих в основе *Руководства для законодательных органов*, а скорее развивают их. Таким образом, проекты типовых положений не предназначены для полной замены *Руководства для законодательных органов*, а должны толковаться и применяться в свете и с учетом пояснительных замечаний, содержащихся в *Руководстве*.

102. Рабочая группа перешла к рассмотрению особой взаимосвязи между проектами типовых положений и рекомендациями по законодательным вопросам, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*. В этой связи Рабочая группа отметила, что проекты типовых положений охватывают большинство вопросов, рассматриваемых в законодательных рекомендациях. Однако Рабочая группа также признала наличие вопросов, которые затрагиваются в некоторых законодательных рекомендациях, но не рассматриваются ни в одном из проектов законодательных положений, как, в частности, обстоит дело с рекомендациями 1 и 5–13. Уже только этот факт исключает возможность полной замены рекомендаций по законодательным вопросам проектами типовых положений.

103. Затем Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, не следует ли сохранить проекты типовых положений и рекомендации по законодательным вопросам как два взаимосвязанных, но самостоятельных текста или же их надлежит объединить в единый текст, содержащий все проекты законодательных положений и те законодательные рекомендации, по которым не были разработаны типовые положения.

104. Несмотря на высказывавшиеся мнения в поддержку сохранения рекомендаций по законодательным вопросам и проектов типовых положений в качестве самостоятельных текстов, поскольку это позволяло бы более четко отразить этапы работы Комиссии по этой теме, общее предпочтение было отдано точке зрения о целесообразности изучения возможности их объединения для удобства пользователей. Секретариату было предложено внимательно рассмотреть проекты типовых положений и законодательные рекомендации в целях выявления тех законодательных рекомендаций, которые касаются вопросов, не охватываемых проектами типовых положений. Такие законодательные рекомендации затем следует изложить в отдельном разделе того же текста, что и проекты типовых положений, чтобы Комиссия могла принять обоснованное решение по данному вопросу. Рабочая группа рекомендовала Комиссии рассмотреть вопрос о том, должны ли проекты типовых положений после их принятия заменить те законодательные рекомендации, в которых рассматривались аналогичные вопросы. Сводный текст, включающий как оставшиеся законодательные рекомендации, так и проекты типовых положений, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/522/Add.1). Для удобства Комиссии Секретариат также подготовил таблицу соответствий (см. A/CN.9/522/Add.2).

105. Рабочая группа согласилась рекомендовать Комиссии, при условии наличия бюджетных средств на издание документов, объединить типовые положения, как можно скорее после их принятия Комиссией, с *Руководством для законодательных органов* в едином издании. Однако, чтобы не задерживать их распространение и во избежание нерационального использования существующих экземпляров *Руководства для законодательных органов*, было высказано мнение, что проекты типовых положений пока могут быть выпущены в качестве отдельного издания, которое должно содержать соответствующее указание на его взаимосвязь с *Руководством*.

A/CN.9/522/Add.1

Сводный окончательный проект типовых законодательных положений

ДОБАВЛЕНИЕ

1. В приложении к настоящей записке содержится полный текст типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, как они были одобрены Рабочей группой по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, на ее пятой сессии (Вена, 9–13 сентября 2002 года).

2. Как это отмечено в пунктах 19–21 документа A/CN.9/521, применительно к взаимосвязи между проектами типовых положений и рекомендациями по законодательным вопросам, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*, в распоряжении Комиссии по сути имеются три варианта возможных решений. Первый вариант может заключаться в сохранении как рекомендаций по законодательным вопросам, так и типовых положений, после их принятия, в качестве двух параллельных текстов. Второй вариант мог бы заключаться в полной замене рекомендаций по законодательным вопросам типовыми законодательными положениями. Третий вариант решения мог бы заключаться в замене только тех рекомендаций по законодательным вопросам, в связи с которыми Комиссия приняла типовые законодательные положения. Таблица соответствий, в которой приводятся рекомендации по законодательным вопросам и соответствующие им типовые законодательные положения, содержится в документе A/CN.9/522/Add.2.

3. С тем чтобы оказать дальнейшую помощь Комиссии в рассмотрении этого вопроса, в приложении к настоящей записке излагаются тексты тех рекомендаций по законодательным вопросам, в связи с которыми не было подготовлено типовых законодательных положений, а затем приводится полный текст типовых законодательных положений.

Нумерация рекомендаций по законодательным вопросам была изменена, с тем чтобы обеспечить последовательность. В предисловии отражена предпосылка, состоящая в том, что по крайней мере некоторые рекомендации по законодательным вопросам будут сохранены вместе с типовыми законодательными положениями.

4. Если Комиссия примет решение о таком порядке действий, то в первое издание типовых законодательных положений, которое будет выпущено до их включения в сводное издание *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* в будущем, будет включена сноска, содержащая заявление примерно следующего содержания:

"Типовые законодательные положения (далее в тексте – "типовые положения") были приняты Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2003 году в качестве добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников *(далее в тексте –* "Руководство для законодательных органов"*), которое было принято в 2000 году. В типовых положениях в законодательных формулировках отражены принципы, устанавливаемые в рекомендациях по законодательным вопросам, первоначально включенных в Руководство для законодательных органов, причем типовые положения заменяют эти рекомендации, за исключением тех из них, в связи с которыми таких положений подготовлено не было. Хотя большинство типовых положений касаются конкретных рекомендаций по законодательным вопросам, типовые положения не охватывают всего круга проблем, рассматриваемых в этих рекомендациях. В частности, никаких специальных типовых положений не было подготовлено по административным или институциональным вопросам, как они, например, рассматриваются в законодательных рекомендациях 1 и 5–13. Сводный текст оставшихся рекомендаций по законодательным вопросам и типовых положений полностью заменяет рекомендации по законодательным вопросам, изложенные на страницах xi–xxvi* Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников".

5. Текст в приложении содержит указанные под названиями проектов типовых положений и иногда приведенные в их тексте перекрестные ссылки на соответствующие рекомендации по законодательным вопросам. Если Комиссия примет решение, что типовые положения, после их принятия, должны полностью или частично заменить рекомендации по законодательным вопросам, эти перекрестные ссылки будут исключены из окончательного текста.

6. Внутренние перекрестные ссылки на проекты типовых положений указываются курсивом и заключены в квадратные скобки до принятия Комиссией решения о том, будет ли проектам типовых положений придана форма типового закона. Если будет принято решение о форме типового закона, то перекрестные ссылки будут делаться на "статьи", а не на "типовые положения".

ПРИЛОЖЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

			Стр.
	Предисловие		128
	Часть первая. Рекомендации по законодательным вопросам		
		Рекомендации	*Стр.*
I.	ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ	1–11	128
	Конституционные, законодательные и институциональные рамки	1	128
	Объем полномочий на выдачу концессий	2–5	128
	Административная координация	6	128
	Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	7–11	129
II.	РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА	12–13	129
	Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	12	129
	Правительственная поддержка	13	129
	Часть вторая. Проект типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников		
		Типовые положения	*Стр.*
I.	ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	1–4	129
	Преамбула	1	129
	Определения	2	129
	Полномочия заключать концессионные договоры	3	130
	Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии	4	130

		Типовые положения	*Стр.*
II.	ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА	5–27	130
	Правила, регулирующие процедуры отбора	5	130
	Цель и процедуры предварительного отбора	6	130
	Критерии предварительного отбора	7	131
	Участие консорциумов	8	132
	Решение о предварительном отборе	9	132
	Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений	10	132
	Содержание запроса предложений	11	133
	Тендерное обеспечение	12	133
	Разъяснения и изменения	13	133
	Критерии оценки	14	134
	Сопоставление и оценка предложений	15	134
	Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев	16	134
	Заключительные переговоры	17	134
	Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур	18	135
	Процедуры переговоров по концессионному договору	19	135
	Приемлемость незапрошенных предложений	20	136
	Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений	21	136
	Незапрошенные предложения, которые не связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами	22	136
	Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами	23	136
	Конфиденциальность переговоров	24	137
	Уведомление о принятии решения заключить договор	25	137
	Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор	26	137
	Процедуры обжалования	27	137
III.	СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ	28–42	137
	Содержание концессионного договора	28	137
	Применимое право	29	138
	Организационное устройство концессионера	30	138
	Собственность на активы	31	139
	Приобретение прав, связанных со строительной площадкой	32	139
	Сервитуты	33	139
	Финансовые механизмы	34	139
	Обеспечительные интересы	35	139
	Уступка концессионного договора	36	140
	Передача контрольного пакета акций компании-концессионера	37	140
	Эксплуатация инфраструктуры	38	140
	Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве	39	140
	Пересмотр концессионного договора	40	140
	Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика	41	141
	Замена концессионера	42	141
VI.	СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА	43–48	141
	Срок действия и продление концессионного договора	43	141
	Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком	44	141
	Прекращение концессионного договора концессионером	45	141
	Прекращение концессионного договора любой из сторон	46	142
	Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора	47	142
	Этап завершения и меры в переходный период	48	142
V.	УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ	49–51	142
	Споры между организацией-заказчиком и концессионером	49	142
	Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры	50	142
	Другие споры	51	142

Предисловие

Ниже в настоящем разделе приводится свод рекомендуемых законодательных принципов под названием "рекомендации по законодательным вопросам" и типовых законодательных положений (далее в тексте –"типовые положения") по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Цель рекомендаций по законодательным вопросам и типовых положений – оказать помощь национальным законодательным органам в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вслед за ними приводятся комментарии, в которых содержится аналитическое разъяснение финансовых регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию рекомендаций по законодательным вопросам и типовых положений.

Рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения состоят из свода ключевых положений по вопросам, которые заслуживают внимания с точки зрения урегулирования в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников.

Предполагается, что типовые положения будут приниматься и дополняться с помощью правил, предусматривающих более подробное регулирование. Те области, в которых регулирование более уместно с помощью не законодательных, а иных нормативных актов, указываются соответствующим образом. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических, юридических и финансовых специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.

Следует отметить, что рекомендации по законодательным вопросам и типовые положения не затрагивают другие области права, которые также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, но по которым в Руководстве для законодательных органов не приводится каких-либо специальных законодательных рекомендаций. К таким другим областям правового регулирования относятся, например, содействие инвестированию и защита инвестиций, право собственности, обеспечительные интересы, правила и процедуры приобретения частной собственности в принудительном порядке, общее правовое регулирование вопросов, относящихся к договорам, правила по правительственным контрактам, а также административное право, налоговое право, законодательство о защите окружающей среды и защите потребителей.

Часть первая. Рекомендации по законодательным вопросам

I. Общие законодательные и институциональные рамки

Конституционные, законодательные и институциональные рамки (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 2–14)

Рекомендация 1. *Конституционные, законодательные и институциональные рамки для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, должны обеспечивать прозрачность, справедливость и долгосрочную устойчивость проектов. Нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры следует ликвидировать.*

Объем полномочий на выдачу концессий (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 15–22)

Рекомендация 2. *В законодательстве следует указать публичные органы принимающей страны (включая, если это уместно, общенациональные, региональные и местные органы власти), которые наделены полномочиями выдавать концессии и заключать соглашения о реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.*

Рекомендация 3. *Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут предусматривать выдачу концессий на строительство новых объектов или систем инфраструктуры и их эксплуатацию или на материально-техническое обслуживание, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов и систем инфраструктуры.*

Рекомендация 4. *В законодательстве следует указать те секторы или виды инфраструктуры, в отношении которых могут быть выданы концессии.*

Рекомендация 5. *В законодательстве следует оговорить вопрос о том, может ли концессия распространяться на весь регион в пределах компетенции соответствующей организации-заказчика, или только на отдельную географическую часть такого региона, или на конкретный проект и может ли она быть выдана с предоставлением исключительных прав или без него, как это уместно, в соответствии с нормами и принципами права, законодательными положениями, подзаконными актами и политикой, применимыми к соответствующему сектору. Организации-заказчики могут быть совместно уполномочены выдавать концессии, выходящие за пределы компетенции отдельных организаций-заказчиков.*

Административная координация (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29)

Рекомендация 6. *Следует создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу подтверждений, лицензий, разрешений или санкций, необходимых для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, ка-*

сающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа.

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53)

Рекомендация 7. *Не следует наделять полномочиями на регулирование услуг в области инфраструктуры тех субъектов, которые прямо или косвенно занимаются предоставлением услуг в области инфраструктуры.*

Рекомендация 8. *Компетенцией по вопросам регулирования следует наделять функционально независимые органы, обладающие достаточным уровнем автономии для обеспечения того, чтобы их решения принимались без политического вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг.*

Рекомендация 9. *Следует обеспечить опубликование правил, устанавливающих порядок применения процедур регулирования. В решениях, принимаемых в порядке регулирования, следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон в результате их опубликования или с помощью других средств.*

Рекомендация 10. *В законодательстве следует установить прозрачные процедуры, с помощью которых концессионер может обжаловать в независимом и беспристрастном органе, в том числе в суде, принятые в порядке регулирования решения, и следует указать основания для такого возможного обжалования.*

Рекомендация 11. *Если это уместно, следует предусмотреть специальные процедуры для разрешения споров между поставщиками общедоступных услуг в отношении утверждений о нарушении законодательных и нормативных требований, регулирующих соответствующий сектор.*

II. Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29)

Рекомендация 12. *Не следует устанавливать излишних законодательных или регулятивных ограничений применительно к способности организации-заказчика согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям проекта.*

Правительственная поддержка (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60)

Рекомендация 13. *В законодательстве следует ясно указать те публичные органы принимающей страны, которые могут предоставлять финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и те виды поддержки, которые они уполномочены предоставлять.*

Часть вторая. Проект типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

I. Общие положения

Типовое положение 1. Преамбула

[см. рекомендацию 1 и главу I, пункты 2–14]

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить благоприятные законодательные основы для поощрения и облегчения осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

[Правительство] [Парламент] … , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при принятии решений о заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры;

[*другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство*],

принимает нижеследующий закон:

Типовое положение 2. Определения

[см. "Введение", пункты 9–20]

Для целей настоящего закона:

a) "объект инфраструктуры" означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно участвуют в предоставлении услуг населению;

b) "проект в области инфраструктуры" означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры;

c) "организация-заказчик" означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные договоры для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][1];

d) "концессионер" означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному договору, заключенному с организацией-заказчиком;

e) "концессионный договор" означает взаимообязывающее соглашение или соглашения, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры;

---

[1] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концессионные договоры. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

f) "*участник процедур*" и "*участники процедур*" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с проектом в области инфраструктуры[2];

g) "*незапрошенное предложение*" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора;

h) "*регулирующее учреждение*" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[3].

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные договоры

[см. рекомендацию 2 и главу I, пункты 15–18]

Полномочиями заключать концессионные договоры в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции обладают следующие публичные органы[4]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы своей страны, которые могут заключать концессионные договоры, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][5].

[2] Термины "участник процедур" или "участники процедур" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[3] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53).

[4] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо специальных форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[5] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные договоры, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие договоры, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

[см. рекомендацию 4 и главу I, пункты 19–22]

Концессионные договоры могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][6].

II. Выбор концессионера

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

[см. рекомендацию 14 и главу III, пункты 1–33]

Выбор концессионера осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–27*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры принятия решений о заключении правительственных контрактов*][7].

1. Предварительный отбор участников процедур

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

[см. главу III, пункты 34–50]

1. Организация-заказчик проводит процедуры предварительного отбора с целью выявления участников проце-

[6] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[7] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для принятия решений о заключении правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года (далее в тексте – "Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Проекты типовых положений исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для принятия решений о заключении правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это относится, например, к следующим вопросам: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение и процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к положениям Типового закона о закупках, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемые практические элементы процедур отбора.

дур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры.

2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*].

3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][8], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация:

a) описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать;

b) указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей пользователей или тарифов или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий);

c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного договора, который должен быть заключен;

d) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок; и

e) способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора.

4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][9], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация:

a) критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*];

b) намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*];

c) намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[10] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников;

d) намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 30*].

5. Применительно к вопросам, не урегулированным в настоящем [*типовом положении*], процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][11].

Типовое положение 7. Критерии предварительного отбора

[см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–40, 43 и 44]

С тем чтобы выполнить условия для участия в процедурах отбора, заинтересованные участники процедур должны подтвердить, что они удовлетворяют объективно оправданным критериям[12], которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующим конкретным процедурам, как они указаны в документации для предварительного отбора. Эти критерии включают как минимум следующее:

a) надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, включая проектно-конструкторские, строительные и эксплуатационные работы, а также работы по материально-техническому обслуживанию;

---

[8] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

[9] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[10] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску 14.

[11] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в пунктах 2–7 статьи 7 Типового закона о закупках.

[12] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность представления определенного преференциального режима для национальных предприятий или же специального режима для участников процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Различные вопросы, связанные с национальными преференциями, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 43 и 44). В *Руководстве для законодательных органов* высказывается мнение, что страны, которые пожелают обеспечить определенные стимулы для национальных поставщиков, могут применять подобные преференции в форме специальных критериев оценки, а не в форме прямого исключения иностранных поставщиков. В любом случае, если предусматриваются национальные преференции, то о них следует объявлять заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

b) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и возможности по удовлетворению его финансовых потребностей;

c) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутацию и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации аналогичных объектов инфраструктуры.

Типовое положение 8. Участие консорциумов

[см. рекомендацию 16 и главу III, пункты 41 и 42]

1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам.

2. Если иное [не разрешено … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[13]. Нарушение этого правила приводит к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.

3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик принимает во внимание индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

Типовое положение 9. Решение о предварительном отборе

[см. рекомендации 17 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 47–50]

1. Организация-заказчик принимает решение в отношении квалификационных данных каждого участника процедур, представившего заявку на предварительный отбор. При принятии этого решения организация-заказчик применяет только те критерии, которые изложены в документации для предварительного отбора. Затем всем прошедшим предварительный отбор участникам процедур организация-заказчик направляет приглашение представить предложения в соответствии с [*типовыми положениями 10–17*].

2. Независимо от пункта 1 организация-заказчик может, при условии что она сделала с этой целью соответствующее заявление в документации для предварительного отбора, сохранить за собой право запросить, после завершения процедур предварительного отбора, предложения только у ограниченного числа[14] участников процедур, которые наилучшим образом удовлетворяют критериям предварительного отбора. С этой целью организация–заказчик выставляет оценки участникам процедур, удовлетворяющим критериям предварительного отбора, на основе критериев, примененных для оценки их квалификационных данных, и составляет список участников процедур, которые по завершении процедур предварительного отбора будут приглашены представить предложения. При составлении этого списка организация-заказчик применяет только ту систему оценок, которая была изложена в документации для предварительного отбора.

2. Процедура запроса предложений

Типовое положение 10. Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

[см. рекомендации 18 (применительно к пункту 1) и 19 (применительно к пунктам 2 и 3) и главу III, пункты 51–58]

1. Организация-заказчик предоставляет пакет из запроса предложений и связанной с ним документации, подготовленной в соответствии с [*типовым положением 11*], каждому прошедшему предварительный отбор участнику процедур, внесшему плату, если таковая взимается, за эту документацию.

2. Независимо от вышеуказанного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик считает невозможным описать в запросе предложений характеристики проекта, такие как проектные спецификации, эксплуатационные показатели, финансовые механизмы или договорные условия, настолько подробно и четко, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения.

3. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения:

a) в первоначальный запрос предложений включается призыв к участникам процедур представить на первом этапе процедуры первоначальные предложения, касающиеся проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, а также основных договорных условий, предложенных организацией-заказчиком[15];

---

[13] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний.

[14] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). В *Руководстве для законодательных органов* рассматривается способ обеспечения такого количества участников процедур при помощи систем оценок (в особенности систем количественных оценок) (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 48). Следует отметить, что системы оценок используются исключительно для цели предварительного отбора участников процедур. Оценки участников процедур, прошедших предварительный отбор, не должны учитываться на этапе оценки предложений (см. типовое положение 15), на котором исходное положение всех участников процедур, прошедших предварительный отбор, должно быть равным.

[15] Во многих случаях, особенно в связи с новыми видами проектов, организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать на данном этапе подробный проект предусматриваемых ею договорных условий. Кроме того, организация-заказчик может счесть предпочтительным такой порядок, при котором подобные условия будут разрабатываться только после проведения первого раунда консультаций с прошедшими

b) организация-заказчик может проводить встречи и обсуждения с любыми участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений или первоначальных предложений и сопровождающей их документации, представленной участниками процедур. Организация-заказчик составляет протокол любой такой встречи или обсуждений с указанием заданных вопросов и разъяснений, предоставленных организацией-заказчиком;

c) после изучения полученных предложений организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальный запрос предложений, исключив или изменив любой аспект первоначальных проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в первоначальном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 26*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается в приглашении представить окончательные предложения;

d) на втором этапе процедур организация-заказчик приглашает участников процедур представить окончательные предложения в отношении единого свода проектных спецификаций, эксплуатационных показателей или договорных условий в соответствии с [*типовыми положениями 11–17*].

Типовое положение 11. Содержание запроса предложений

[см. рекомендацию 20 и главу III, пункты 59–70]

В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания запроса предложений*][16], в окончательный запрос предложений включается как минимум следующая информация:

a) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений[17];

b) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды[18];

c) предлагаемые организацией-заказчиком договорные условия, включая указания на то, какие условия не могут считаться предметом переговоров;

d) критерии оценки предложений и минимальные показатели, если таковые имеются, установленные организацией-заказчиком для определения предложений, не отвечающих формальным требованиям; относительное значение, придаваемое каждому из критериев оценки; и порядок применения этих критериев и минимальных показателей при оценке и отклонении предложений.

Типовое положение 12. Тендерное обеспечение

[см. главу III, пункт 62]

1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения.

2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[19]:

a) отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока;

b) неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*пункту 1 типового положения 17*];

c) неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 17*];

d) неспособность подписать концессионный договор после принятия предложения, если этого требует организация-заказчик;

e) неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного договора после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания концессионного договора.

Типовое положение 13. Разъяснения и изменения

[см. рекомендацию 21 и главу III, пункты 71 и 72]

Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор любого элемента окончательного запроса предложений, как это предусматривается в [*типовом положении 11*], и, в случае необходимости, пересмотреть его. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 26*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений.

предварительный отбор участниками процедур. В любом случае для организации-заказчика будет, однако, важно предоставить на данном этапе определенную информацию с указанием ключевых условий концессионного договора, в частности, предусматриваемого по этому договору способа распределения связанных с проектом рисков между сторонами. Если вопрос о таком распределении договорных прав и обязательств будет оставлен полностью открытым до представления окончательного запроса предложений, то появляется опасность того, что участники процедур будут стремиться к минимизации принимаемых на себя рисков, что может воспрепятствовать достижению цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 67–70, а также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29).

[16] Перечень элементов, обычно включаемых в запрос предложений применительно к услугам, можно найти в статье 38 Типового закона о закупках.

[17] Перечень элементов, которые должны быть включены, можно найти в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 61 и 62.

[18] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 64–66.

[19] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках.

Типовое положение 14. Критерии оценки

[см. рекомендации 22 (применительно к пункту 1) и 23 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 73–77]

1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[20] включают как минимум следующее:

a) техническую обоснованность;

b) соблюдение экологических стандартов;

c) оперативную осуществимость;

d) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.

2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[21] включают, если это уместно, следующее:

a) текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;

b) текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*];

e) обоснованность предлагаемых финансовых механизмов;

f) степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров;

g) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

[см. рекомендацию 24 и главу III, пункты 78–82]

1. Организация-заказчик проводит сопоставление и оценку каждого предложения в соответствии с критериями оценки, относительным значением, придаваемым каждому из этих критериев, и порядком оценки, изложенным в запросе предложений.

2. Для целей пункта 1 организация-заказчик может устанавливать минимальные уровни требований в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов. Предложения, не достигшие минимальных уровней, рассматриваются в качестве не отвечающих формальным требованиям и исключаются из процедур отбора[22].

Типовое положение 16. Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев

[см. рекомендацию 25 и главу III, пункты 78–82]

Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса[23].

Типовое положение 17. Заключительные переговоры

[см. рекомендации 26 (применительно к пункту 1) и 27 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 83 и 84]

1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному договору участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.

2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного договора, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока этот участник процедур не подготовит приемлемой для организации-заказчика оферты, она прекращает переговоры с таким участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного договора или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта.

---

[20] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[21] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77.

[22] В этом типовом положении предлагается пример процесса оценки, который организация-заказчик, возможно, пожелает применить с целью сопоставления и оценки предложений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Альтернативные процедуры оценки описываются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 79–82; речь идет, например, о двухэтапных процедурах оценки или о системе двух конвертов. В отличие от процесса, предусматриваемого в данном типовом положении, процедуры, описанные в *Руководстве для законодательных органов*, направлены на то, чтобы предоставить организации-заказчику возможность проводить сопоставление и оценку нефинансовых критериев отдельно от финансовых критериев, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость относительно этапа оценки в рамках процедур отбора, принимающему государству рекомендуется изложить в своем законодательстве те процедуры оценки, которые организация-заказчик может использовать для сопоставления и оценки предложений, и подробно регламентировать применение таких процедур.

[23] В случаях, когда проводились предквалификационные процедуры, должны применяться те же критерии, что и критерии, использовавшиеся при предквалификационных процедурах.

3. Заключение концессионных договоров без проведения конкурентных процедур

Типовое положение 18. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

[см. рекомендацию 28 и главу III, пункт 89]

При условии утверждения … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*][24] организация-заказчик уполномочивается проводить переговоры по концессионному договору без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], в следующих случаях:

a) когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], было бы практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика;

b) когда речь идет о краткосрочных проектах и объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает суммы [в …] [*принимающее государство оговаривает денежный предел*] [установленной в …] [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, в которых оговаривается денежный предел, до достижения которого подряды на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут выдаваться без проведения конкурентных процедур*][25];

c) когда проект связан с национальной обороной или национальной безопасностью;

d) когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника, например когда для предоставления услуги требуется использование прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат определенному лицу или лицам или которыми обладает такое лицо или лица;

e) в случае представления незапрошенных предложений, которые подпадают под действие [*типового положения 23*];

f) когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений представлено не было или все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового приглашения к участию в процедурах предварительного отбора или нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект в течение требуемого срока[26];

g) другие случаи, когда [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] разрешает прибегнуть к такому исключению по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами[27].

Типовое положение 19. Процедуры переговоров по концессионному договору

[см. рекомендацию 29 и главу III, пункт 90]

В тех случаях, когда переговоры по концессионному договору ведутся без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], организация-заказчик[28]:

a) за исключением концессионных договоров, заключаемых согласно [*подпункту c) типового положения 18*], обеспечивает публикацию уведомления о своем намерении начать переговоры в отношении концессионного договора в соответствии с [*принимающее государство указывает любые соответствующие положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений*];

b) проводит переговоры с настолько широким кругом лиц, которые, по ее мнению, способны[29] осуществить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

c) устанавливает критерии оценки, при использовании которых предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок.

---

[24] Причина обусловливания принятия решения о заключении концессионного договора без проведения конкурентных процедур утверждением вышестоящего органа заключается в необходимости обеспечения того, чтобы организация-заказчик проводила прямые переговоры с участниками процедур только в надлежащих обстоятельствах (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 85–96). В силу этого в данном типовом положении принимающему государству предлагается указать соответствующий орган, компетентный разрешать проведение переговоров во всех случаях, оговоренных в типовом положении. В то же время принимающее государство может предусмотреть различные требования к утверждению для каждого из подпунктов данного типового положения. В некоторых случаях принимающее государство может, например, предусмотреть, что полномочия на проведение таких переговоров непосредственно вытекают из законодательства. В других случаях принимающее государство может обусловить проведение переговоров утверждением различных вышестоящих органов в зависимости от характера услуг, которые предполагается предоставлять, или от соответствующего сектора инфраструктуры. В подобных случаях принимающему государству, возможно, потребуется адаптировать текст типового положения к этим требованиям утверждения путем добавления соответствующего требования утверждения в надлежащий подпункт или путем добавления ссылки на положения законодательства, в которых подобные требования устанавливаются.

[25] В качестве альтернативы исключению, предусматриваемому в подпункте *b)*, принимающее государство может рассмотреть вопрос о разработке упрощенной процедуры для запроса предложений в связи с проектами, не достигающими установленного предела, например путем применения процедур, описанных в статье 48 Типового закона о закупках.

[26] Принимающее государство, возможно, пожелает установить требование о том, чтобы организация-заказчик включала в отчет, который должен быть подготовлен согласно [*типовому положению 26*], краткое изложение результатов переговоров и указание на ту степень, в которой эти результаты отличаются от проектных спецификаций и договорных условий, изложенных в первоначальном запросе предложений, и на причины этого.

[27] Принимающие государства, которые считают желательным установить порядок, предусматривающий разрешение использовать процедуры переговоров на специальной основе, возможно, пожелают сохранить подпункт *g)* при принятии данного типового положения. Принимающие государства, желающие ограничить исключения из конкурентных процедур отбора, могут, в свою очередь, отдать предпочтение исключению этого подпункта. В любом случае для целей обеспечения прозрачности принимающее государство, возможно, пожелает указать в этом или другом месте типового положения иные исключения, допускающие использование процедур переговоров, если таковые могут предусматриваться согласно специальному законодательству.

[28] Ряд элементов, позволяющих усилить прозрачность при переговорах, проводимых согласно данному типовому положению, рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 90–96.

[29] Принимающие государства, желающие усилить прозрачность применительно к использованию процедур переговоров, могут с помощью специальных правил установить квалификационные критерии, которым должны удовлетворять лица, приглашенные к участию в переговорах согласно [*типовым положениям 18 и 19*]. Возможные квалификационные критерии указываются в [*типовом положении 7*].

4. Незапрошенные предложения[30]

Типовое положение 20. Приемлемость незапрошенных предложений

[см. рекомендацию 30 и главу III, пункты 97–109]

В порядке исключения из применения [*типовых положений 6–17*] организация-заказчик[31] уполномочивается рассматривать незапрошенные предложения в соответствии с процедурами, изложенными в [*типовых положениях 21–23*], при условии что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

Типовое положение 21. Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

[см. рекомендации 31 (применительно к пунктам 1 и 2) и 32 (применительно к пункту 3) и главу III, пункты 110–112]

1. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик незамедлительно информирует представившую его сторону о том, рассматривается ли проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам[32].

2. Если проект сочтен потенциально отвечающим публичным интересам согласно пункту 1, организация-заказчик приглашает сторону, представившую предложение, представить настолько подробную информацию о предлагаемом проекте, насколько это является возможным на этом этапе, с тем чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить квалификационные данные этой стороны[33] и техническую и экономическую осуществимость проекта, а также определить вероятность успешной реализации проекта в предложенном порядке и на условиях, приемлемых для организации-заказчика. С этой целью сторона, предложившая проект, представляет технико-экономическое обоснование, исследование экологического воздействия и достаточную информацию относительно концепций или технологий, предусматриваемых в предложении.

3. При рассмотрении незапрошенного предложения организация-заказчик уважает интеллектуальную собственность, коммерческую тайну или другие исключительные права, воплощенные в предложении, вытекающие из него или упомянутые в нем. В силу этого организация-заказчик не использует информации, предоставленной стороной, предложившей проект, или от ее имени в связи с ее незапрошенным предложением, в иных целях, чем оценка предложения, кроме как с согласия этой стороны. Если иное не согласовано сторонами, организация-заказчик в случае отклонения предложения возвращает стороне, предложившей проект, оригиналы и любые копии документов, которые были представлены и подготовлены этой стороной на протяжении всей процедуры.

Типовое положение 22. Незапрошенные предложения, которые не связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

[см. рекомендацию 33 и главу III, пункты 113 и 114]

1. За исключением обстоятельств, изложенных в [*типовом положении 18*], организация-заказчик, если она принимает решение об осуществлении проекта, начинает процедуры отбора в соответствии с [*типовыми положениями 6–17*], если организация-заказчик сочтет, что:

a) предполагаемая отдача проекта может быть достигнута без использования интеллектуальной собственности, коммерческой тайны или других исключительных прав, которые принадлежат стороне, представившей предложение, или которыми она обладает; и

b) предложенная концепция или технология в действительности не является уникальной или новой.

2. Сторона, представившая предложение, приглашается к участию в процедурах отбора, начатых организацией-заказчиком в соответствии с пунктом 1, и ей могут быть предоставлены стимулы или аналогичные льготы в порядке, описанном организацией-заказчиком в запросе предложений, за подготовку и представление предложения.

Типовое положение 23. Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

[см. рекомендации 34 (применительно к пунктам 1 и 2) и 35 (применительно к пунктам 3 и 4) и главу III, пункты 115–117]

1. Если организация-заказчик установит, что условия, предусматриваемые в [*пункте 1 a) и b) типового положения 22*], не соблюдены, то от нее не требуется проведения процедур отбора согласно [*типовым положениям 6–17*]. Однако организация-заказчик может попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением в соответствии с положениями, изложенными в пунктах 2–4[34].

---

[30] Программные соображения относительно преимуществ и недостатков незапрошенных предложений рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 98–100. Государства, желающие разрешить организациям-заказчикам рассматривать подобные предложения, возможно, пожелают обратиться к процедурам, изложенным в типовых положениях 21–23.

[31] Данное типовое положение исходит из того, что полномочия на рассмотрение незапрошенных предложений будут принадлежать организации-заказчику. Однако в зависимости от системы регулирования в принимающем государстве ответственность за работу с незапрошенными предложениями или за рассмотрение, например, вопроса о том, отвечает ли незапрошенное предложение публичным интересам, может лежать на ином органе, чем организация-заказчик. В подобном случае принимающему государству следует внимательно рассмотреть порядок, с помощью которого, возможно, потребуется обеспечить координацию функций такого органа и функций организации-заказчика (см. сноски 1, 3 и 24, а также источники, на которые в них даны ссылки).

[32] Определение того, отвечает ли предложенный проект публичным интересам, предполагает тщательную оценку потенциальных выгод для общества, предлагаемых проектом, а также его связи с правительственной политикой в соответствующем секторе инфраструктуры. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость процедур определения приемлемости незапрошенных предложений, принимающему государству было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в правилах или других документах руководящие указания относительно критериев, которые будут использоваться для определения соответствия незапрошенных предложений публичным интересам и которые могут включать критерии для оценки уместности договорных решений и разумности предлагаемого распределения рисков, связанных с проектом.

[33] Принимающее государство, возможно, пожелает предусмотреть в своих правилах квалификационные критерии, удовлетворение которых может требоваться от стороны, предложившей проект. Элементы, которые следует принимать во внимание с этой целью, указываются в [*типовом положении 7*].

[34] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии специальной процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, подпадающих под действие данного типового положения; такая процедура может, mutatis mutandis, строиться на основе процедуры запроса предложений, изложенной в статье 48 Типового закона о закупках.

2. Когда организация-заказчик намеревается получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением, она публикует описание основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить предложения в течение [разумного срока] [*принимающее государство указывает определенный конкретный срок*].

3. Если предложений в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, в течение [разумного срока] [срока, оговоренного в пункте 2, выше] получено не было, организация-заказчик может начать переговоры со стороной, представившей первоначальное предложение.

4. Если организация-заказчик получает предложения в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, она приглашает представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями, изложенными в [*типовом положении 19*]. В случае, если организация-заказчик получает достаточно большое число предложений, которые, как это представляется prima facie, удовлетворяют ее потребностям в области инфраструктуры, организация-заказчик обращается с запросом о представлении предложений согласно [*типовым положениям 10–17*] с учетом любых стимулов или иных льгот, которые могут быть предоставлены лицу, представившему незапрошенное предложение, в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 22*].

5. Разные положения

Типовое положение 24. Конфиденциальность переговоров

[см. рекомендацию 36 и главу III, пункт 118]

Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 17, 18 и 19 или пунктам 3 и 4 типового положения 23*] являются конфиденциальными. За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда, ни одна из сторон переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсуждениями, сообщениями и переговорами согласно вышеупомянутым положениям, без согласия на то другой стороны.

Типовое положение 25. Уведомление о принятии решения заключить договор

[см. рекомендацию 37 и главу III, пункт 119]

За исключением концессионных договоров, решение о заключении которых принимается согласно [*подпункту c) типового положения 18*], организация-заказчик обеспечивает публикацию уведомления о принятии решения заключить договор в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений о принятии решений заключить договор*]. В уведомление включаются указание концессионера и резюме основных условий концессионного договора.

Типовое положение 26. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор

[см. рекомендацию 38 и главу III, пункты 120–126]

Организация-заказчик ведет надлежащую отчетность, в которую включается информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения заключить договор, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о публичных закупках, регулирующие вопросы ведения отчетности о процедурах закупок*][35].

Типовое положение 27. Процедуры обжалования

[см. рекомендацию 39 и главу III, пункты 127–131]

Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию–заказчика, могут обжаловать действия или бездействие организации–заказчика в соответствии с … [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы обжалования решений, вынесенных в рамках процедур закупки*][36]

III. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Типовое положение 28. Содержание концессионного договора

[см. рекомендацию 40 и главу IV, пункты 1–11]

В концессионном договоре регулируются такие вопросы, которые стороны считают уместными, например, следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, а также услуг, которые должны быть предоставлены концессионером [*см. пункт 1 главы IV*];

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному договору [*см. рекомендацию 5*];

c) помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры [*см. рекомендацию 6*];

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистриро-

---

[35] Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках. Если подобные вопросы недостаточно урегулированы в законодательстве принимающего государства, то ему следует принять соответствующие законы или правила.

[36] Элементы для создания надлежащей системы обжалования рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 127–131. Они также содержатся в главе VI Типового закона о закупках. Если законодательство принимающего государства не предусматривает подобной надлежащей системы обжалования, то ему следует рассмотреть вопрос о принятии соответствующих законов.

ванного в соответствии с [*типовым положением 30*] [*см. рекомендации 42 и 43 и проект типового положения 30*];

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 31–33*] [*см. рекомендации 44 и 45 и проекты типовых положений 31–33*];

f) вознаграждение концессионера, будь то в виде тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки любых таких тарифов или сборов; и платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом [*см. рекомендации 46 и 48*];

g) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры [*см. рекомендацию 52*];

h) объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях [*см. рекомендацию 53 и проект типового положения 38*];

i) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями [*см. рекомендацию 52 и подпункт b) рекомендации 54*];

j) объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях [*см. подпункт a) рекомендации 54*];

k) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i),* выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер [*см. главу IV, пункты 73–76*];

l) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами [*см. рекомендацию 56*];

m) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры [*см. подпункты a) и b) рекомендации 58*];

n) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон [*см. подпункт e) рекомендации 58*];

o) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном договоре, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля [*см. подпункт d) рекомендации 58*];

p) срок действия концессионного договора и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении [*см. рекомендацию 61*];

q) способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 47*] [*см. рекомендацию 67*];

r) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером [*см. рекомендацию 69 и проект типового положения 49*].

Типовое положение 29. Применимое право

[см. рекомендацию 41 и главу IV, пункты 5–8]

Концессионный договор регулируется законодательством принимающего государства, если иное не предусмотрено в концессионном договоре[37].

Типовое положение 30. Организационное устройство концессионера

[см. рекомендации 42 и 43 и главу IV, пункты 12–18]

Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии что заявление об этом было включено в документацию для предварительного отбора или в запрос предложений, если это уместно. В концессионном договоре оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы.

---

[37] Вопрос о том, могут ли стороны концессионного договора избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство иного государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах по-разному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 5–8), в некоторых странах концессионные договоры могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проекта в области инфраструктуры (в общем плане см. *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", раздел B).

Типовое положение 31. Собственность на активы[38]

[см. рекомендацию 44 и главу IV, пункты 20–26]

В концессионном договоре оговаривается, если это уместно, какие активы находятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности концессионера. В концессионном договоре указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям:

a) активы, если таковые имеются, которые концессионер должен возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями концессионного договора;

b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у концессионера; и

c) активы, если таковые имеются, которые концессионер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении концессионного договора.

Типовое положение 32. Приобретение прав, связанных со строительной площадкой

[см. рекомендацию 45 и главу IV, пункты 27–29]

1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями концессионного договора предоставляет в распоряжение концессионера или, если это уместно, оказывает концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, включая право собственности, какие могут быть необходимы для осуществления проекта.

2. Любое приобретение земельного участка, который может потребоваться для выполнения проекта, в принудительном порядке осуществляется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы приобретения частной собственности публичными органами в принудительном порядке в публичных интересах*].

Типовое положение 33. Сервитуты[39]

[см. рекомендацию 45 и главу IV, пункт 30]

[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании – поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами*].

Типовое положение 34. Финансовые механизмы

[см. рекомендации 46 и 47 и главу IV, пункты 33–51]

Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном договоре предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [*в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением*][40].

Типовое положение 35. Обеспечительные интересы

[см. рекомендацию 49 и главу IV, пункты 52–61]

1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном договоре[41], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в лю-

---

[38] Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичными предприятиями объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47–53). Эти общие программные решения обычно определяют подход к законодательному регулированию вопросов собственности на связанные с проектами активы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 20–26). Независимо от общей или секторальной политики, проводимой принимающей страной, режим собственности на различные активы, связанные с проектом, должен быть четко определен и основываться на достаточных законодательных полномочиях. В этих вопросах необходима ясность, поскольку предусматриваемые решения будут непосредственно затрагивать способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансирования проекта (там же, пункты 52–61). С учетом гибких подходов, используемых в различных правовых системах, в данном типовом положении не предусматривается безоговорочной передачи всех активов организации-заказчику, а допускается возможность проведения различия между активами, которые должны быть переданы организации-заказчику, активами, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору, и активами, которые остаются в частной собственности концессионера по истечении или прекращении концессионного договора или в какой-либо другой момент.

[39] Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим концессионером или может быть приобретено публичным органом в принудительном порядке одновременно с приобретением строительной площадки. Несколько иной альтернативный вариант может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально–технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 30–32). Цель альтернативных формулировок, предложенных в квадратных скобках в начале текста типового положения, состоит в том, чтобы отразить эти варианты.

[40] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, во многих странах рамки регулирования предоставления общедоступных услуг включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг и требуют, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46).

[41] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры.

бых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:

a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах;

b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.

2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, в тех случаях, когда создание такого обеспечения запрещается законом [*принимающего государства*].

Типовое положение 36. Уступка концессионного договора

[см. рекомендацию 50 и главу IV, пункты 62 и 63]

Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 35*], права и обязательства концессионера согласно концессионному договору не могут быть уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному договору, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги.

Типовое положение 37. Передача контрольного пакета[42] акций компании-концессионера

[см. рекомендацию 51 и главу IV, пункты 64–68]

Если иное не предусмотрено в концессионном договоре, контрольный пакет акций компании-концессионера не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие.

[42] Понятие "контрольный пакет" обычно подразумевает полномочия назначать администрацию корпорации и оказывать влияние на ее коммерческие операции или определять такие операции. В различных правовых системах или даже в различных сводах правовых положений в рамках одной и той же правовой системы могут применяться разные критерии, начиная от формальных критериев признания контрольным пакетом наличия такой ситуации, когда в собственности какого-либо лица находится определенное количество акций (обычно более 50 процентов), рассчитанное исходя из общей совокупности голосов, принадлежащих всем классам акций какой-либо корпорации, и до более сложных критериев, учитывающих фактическую управленческую структуру корпорации. Принимающим государствам, в которых отсутствует законодательное определение понятия "контрольного пакета", возможно, потребуется определить этот термин в правилах, принимаемых во исполнение данного типового положения.

Типовое положение 38. Эксплуатация инфраструктуры

[см. рекомендацию 53 и главу IV, пункты 80–93 (применительно к пункту 1) и рекомендацию 55 и главу IV, пункты 96 и 97 (применительно к пункту 2)]

1. В концессионном договоре устанавливается, если это уместно, объем обязательств концессионера по обеспечению:

a) приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее;

b) непрерывности предоставления услуги;

c) предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;

d) недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

2. Концессионер имеет право вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Типовое положение 39. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

[см. подпункт c) рекомендации 58 и главу IV, пункты 122–125]

В концессионном договоре устанавливается объем, в котором концессионер имеет право на компенсацию, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возрастут или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократится по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги.

Типовое положение 40. Пересмотр концессионного договора

[см. подпункт c) рекомендации 58 и главу IV, пункты 126–130]

1. Без ущерба для [*типового положения 39*] в концессионном договоре далее устанавливается объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

a) изменений в экономических или финансовых условиях; или

b) изменений в законодательстве или правилах, непосредственно не затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги;

при условии, что экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения:

a) происходят после заключения контракта;

b) происходят вне сферы контроля концессионера; и

c) носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного договора, или избежать, или преодолеть их последствия.

2. В концессионном договоре устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного договора после наступления любых таких изменений.

Типовое положение 41. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

[см. рекомендацию 59 и главу IV, пункты 143–146]

В обстоятельствах, указанных в концессионном договоре, организация-заказчик имеет право временно взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации-заказчика.

Типовое положение 42. Замена концессионера

[см. рекомендацию 60 и главу IV, пункты 147–150]

Организация-заказчик может согласовать с субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного договора в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного договора, или возникновения иных аналогичных обстоятельств[43].

IV. Срок действия, продление и прекращение концессионного договора

1. Срок действия и продление концессионного договора

Типовое положение 43. Срок действия и продление концессионного договора

[см. рекомендацию 62 и главу V, пункты 2–8]

1. Срок действия концессионного договора, как он оговорен в соответствии с [*подпунктом p) типового положения 28*], не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств:

a) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон;

b) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов; или

c) [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*][44].

2. Кроме того, срок действия концессионного договора может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном договоре, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально установленного срока.

2. Прекращение концессионного договора

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

[см. рекомендацию 63 и главу V, пункты 14–27]

Организация-заказчик может прекратить концессионный договор:

a) в случае, когда она более не может разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;

b) в силу [настоятельных][45] причин, связанных с публичными интересами, при условии выплаты компенсации концессионеру в порядке, согласованном в концессионном договоре;

c) [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*].

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора концессионером

[см. рекомендацию 64 и главу V, пункты 28–33]

Концессионер не может прекратить концессионный договор, кроме как в следующих обстоятельствах:

a) в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа их обязательств в связи с концессионным договором;

b) если условия для пересмотра концессионного договора согласно [*пункту 1 типового положения 40*] соблюдены, однако стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора; или

c) если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась в результате действий или бездействия организации-заказчика или других публичных органов, таких как те, о которых говорится в [*подпунктах h) и i) типового положения 28*], и стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора.

---

[43] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного договора (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны могут пожелать обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика.

[44] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о возможности разрешения продлевать, на основе согласия сторон, концессионный договор в соответствии с его условиями по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами.

[45] [Возможные ситуации, когда возникают настоятельные причины, связанные с публичными интересами, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов,* глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 27.]

Типовое положение 46. Прекращение концессионного договора любой из сторон

[см. рекомендацию 65 и главу V, пункты 34 и 35]

Любая из сторон имеет право прекратить концессионный договор в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны также имеют право прекратить концессионный договор по обоюдному согласию.

3. Механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

Типовое положение 47. Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора

[см. рекомендацию 67 и главу V, пункты 43–49]

В концессионном договоре оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного договора, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполненных по концессионному договору, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль.

Типовое положение 48. Этап завершения и меры в переходный период

[см. рекомендацию 66 и главу V, пункты 37–42 (применительно к подпункту a)) и рекомендацию 68 и главу V, пункты 50–62 (применительно к подпунктам b)–d))]

В концессионном договоре устанавливаются, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении:

a) механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;

b) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

c) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника по вопросам эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

d) продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

V. Урегулирование споров

Типовое положение 49. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

[см. рекомендацию 69 и главу VI, пункты 3–41]

Любые споры между организацией-заказчиком и концессионером разрешаются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном договоре[46].

Типовое положение 50. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

[см. рекомендацию 71 и главу VI, пункты 43–45]

Когда концессионер предоставляет услуги населению или эксплуатирует объект инфраструктуры, доступный для населения, организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.

Типовое положение 51. Другие споры

[см. рекомендацию 70 и главу VI, пункт 42]

1. Концессионер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой.

2. Концессионер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами.

---

[46] Принимающее государство может предусмотреть в своем законодательстве механизмы урегулирования споров, которые наилучшим образом приспособлены к потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

Сопоставительная таблица проектов типовых законодательных положений и рекомендаций по законодательным вопросам

ДОБАВЛЕНИЕ

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
			3	Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут предусматривать выдачу концессий на строительство новых объектов или систем инфраструктуры и их эксплуатацию, или на материально-техническое обслуживание, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов и систем инфраструктуры.
			6	Следует создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу подтверждений, лицензий, разрешений или санкций, необходимых для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа.
			7	Не следует наделять полномочиями на регулирование услуг в области инфраструктуры тех субъектов, которые прямо или косвенно занимаются предоставлением услуг в области инфраструктуры.
			8	Компетенцией по вопросам регулирования следует наделять функционально независимые органы, обладающие достаточным уровнем автономии для обеспечения того, чтобы их решения принимались без политического вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг.
			9	Следует обеспечить опубликование правил, устанавливающих порядок применения процедур регулирования. В решениях, принимаемых в порядке регулирования, следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон в результате их опубликования или с помощью других средств.
			10	В законодательстве следует установить прозрачные процедуры, с помощью которых концессионер может обжаловать в независимом и беспристрастном органе, в том числе в суде, принятые в порядке регулирования решения, и следует указать основания для такого возможного обжалования.
			11	Если это уместно, следует предусмотреть специальные процедуры для разрешения споров между поставщиками общедоступных услуг в отношении утверждений о нарушении законодательных и нормативных требований, регулирующих соответствующий сектор.
			12	Не следует устанавливать излишних законодательных или регулятивных ограничений применительно к способности организации-заказчика согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям проекта.
			13	В законодательстве следует ясно указать те публичные органы принимающей страны, которые могут предоставлять финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и те виды поддержки, которые они уполномочены предоставлять.
Преамбула [*см. рекомендацию 1 и главу I, пункты 2–14*]	1	[Правительство] [Парламент] … , считая желательным установить благоприятные законодательные основы для поощрения и облегчения осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;	1	Конституционные, законодательные и институциональные рамки для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, должны обеспечивать прозрачность, справедливость и долгосрочную устойчивость проектов. Нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры следует ликвидировать.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		[Правительство] [Парламент] … , считая желательным дальнейшее развитие общих принципов прозрачности, экономичности и справедливости при принятии решений о заключении контрактов публичными органами через установление специальных процедур для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры; [другие цели, которые, возможно, пожелает перечислить принимающее государство], принимает нижеследующий закон:		
Определения [*см. "Введение", пункты 9–20*]	2	Для целей настоящего закона: *a) "объект инфраструктуры"* означает материальные объекты и системы, которые прямо или косвенно участвуют в предоставлении услуг населению; *b) "проект в области инфраструктуры"* означает проекты в области проектно-конструкторских работ, сооружения, развития и эксплуатации новых объектов инфраструктуры или реконструкции, модернизации, расширения или эксплуатации действующих объектов инфраструктуры; *c) "организация-заказчик"* означает публичную организацию, обладающую полномочиями заключать концессионные договоры для реализации проектов в области инфраструктуры [согласно положениям настоящего закона][1]; *d) "концессионер"* означает лицо, которое осуществляет проект в области инфраструктуры согласно концессионному договору, заключенному с организацией-заказчиком; *e) "концессионный договор"* означает взаимообязывающее соглашение или соглашения, которые заключены между организацией-заказчиком и концессионером и которые устанавливают условия осуществления проекта в области инфраструктуры; *f)* "*участник процедур*" и "*участники процедур*" означают лиц, включая группы лиц, участвующих в процедурах отбора в связи с проектом в области инфраструктуры[2]; *g)* "*незапрошенное предложение*" означает любое касающееся осуществления проекта в области инфраструктуры предложение, которое представлено не в ответ на запрос или приглашение со стороны организации-заказчика в контексте процедур отбора; *h)* "*регулирующее учреждение*" означает публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие функционирование объектов инфраструктуры и предоставление соответствующих услуг, и обеспечивать их выполнение[3].		
Полномочия заключать концессионные договоры [*см. рекомендацию 2 и главу I, пункты 15–18*]	3	Полномочиями заключать концессионные договоры в связи с осуществлением проектов в области инфраструктуры в своих соответствующих областях компетенции обладают следующие публичные органы[4]: [*принимающее государство перечисляет соответствующие публичные органы своей страны, которые могут заключать концессионные договоры, в исчерпывающем или примерном списке публичных органов, списке различных категорий публичных органов или в сочетании таких списков*][5].	2	В законодательстве следует указать публичные органы принимающей страны (включая, если это уместно, общенациональные, региональные и местные органы власти), которые наделены полномочиями выдавать концессии и заключать соглашения о реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.
Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии [*см. рекомендацию 4 и главу I, пункты 19–22*]	4	Концессионные договоры могут заключаться соответствующими органами в следующих секторах: [*принимающее государство указывает соответствующие секторы в исчерпывающем или примерном списке*][6].	4	В законодательстве следует указать те секторы или виды инфраструктуры, в отношении которых могут быть выданы концессии.
Правила, регулирующие процедуры отбора [*см. рекомендацию 14 и главу III, пункты 1–33*]	5	Выбор концессионера осуществляется в соответствии с [*типовыми положениями 6–27*], а в вопросах, не урегулированных в этих положениях, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры принятия решений о заключении правительственных контрактов*][7].	14	В законодательстве следует установить порядок выбора концессионера с помощью прозрачных и эффективных конкурентных процедур, приспособленных к особым потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Цель и процедуры предварительного отбора [*см. главу III, пункты 34–50*]	6	1. Организация-заказчик проводит процедуры предварительного отбора с целью выявления участников процедур, обладающих надлежащей квалификацией для осуществления предусматриваемого проекта в области инфраструктуры. 2. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора публикуется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы о публикации приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*]. 3. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания приглашений к участию в процедурах предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][8], в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора включается как минимум следующая информация: *a)* описание объекта инфраструктуры, который предстоит соорудить или модернизировать; *b)* указание других существенных элементов проекта, таких как услуги, которые должны предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей пользователей или тарифов или же концессионеру могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий);		

[1] Следует отметить, что понятие "организация" согласно этому определению увязывается только с полномочиями заключать концессионные договоры. В зависимости от режима регулирования, действующего в принимающем государстве, ответственность за принятие норм и правил, регулирующих предоставление соответствующей услуги, может возлагаться на отдельный орган, который в подпункте *h)* назван "регулирующим учреждением".

[2] Термины "участник процедур" или "участники процедур" охватывают, в зависимости от контекста, как лиц, обращающихся за приглашением принять участие в процедурах предварительного отбора, так и лиц, представивших предложения в ответ на запрос предложений, сделанный организацией-заказчиком.

[3] Вопросы об организации, структуре и функциях такого регулирующего учреждения потребуется, возможно, урегулировать в специальном законодательстве (см. рекомендации 7–11 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30–53).

[4] Целесообразно создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу утверждений, лицензий, разрешений или санкций, которые необходимы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа (см. законодательную рекомендацию 6 и главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23–29). Кроме того, для стран, предусматривающих возможность оказания каких-либо специальных форм правительственной поддержки проектам в области инфраструктуры, было бы, возможно, целесообразно четко указать в соответствующих законодательных актах, таких как законы или правила, регулирующие деятельность субъектов, уполномоченных предоставлять правительственную поддержку, какие субъекты имеют право предоставлять такую поддержку и в каких формах она может быть предоставлена (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка").

[5] В целом в распоряжении принимающих государств могут иметься две возможности для воплощения этого типового положения в законодательную норму. Одна из них может состоять в том, чтобы подготовить список органов, уполномоченных заключать концессионные договоры, и включить его либо в текст типового положения, либо в приложенный к нему перечень. Другой вариант, который может использовать принимающее государство, заключается в указании тех уровней управления, которые обладают полномочиями заключать такие договоры, без перечисления соответствующих публичных органов. Например, в федеративном государстве в такой уполномочивающей оговорке может содержаться ссылка на "союз, штаты [или провинции] и муниципалитеты". В любом случае принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких органов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[6] Принимающим государствам, которые хотели бы включить исчерпывающий список таких секторов, целесообразно предусмотреть механизмы, позволяющие пересматривать подобные списки по мере необходимости. Один из вариантов соответствующего решения может состоять во включении этого списка в приложение к законодательному акту или в правила, которые могут быть изданы на его основании.

[7] Внимание пользователя обращается на взаимосвязь между процедурами выбора концессионера и общими законодательными рамками для принятия решений о заключении правительственных контрактов в принимающем государстве. Хотя в данном случае могут быть с пользой применены некоторые существующие в рамках традиционных методов закупок элементы, структурно обеспечивающие конкуренцию, необходимо внести ряд изменений для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, например в том, что касается четко прописанного этапа предварительного отбора, гибкости в формулировке запросов предложений, специальных критериев оценки и определенных возможностей для проведения переговоров с участниками процедур. Процедуры отбора, рассматриваемые в данной главе, в значительной мере основываются на элементах основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который был принят ЮНСИТРАЛ на ее двадцать седьмой сессии, проведенной в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года (далее в тексте – "Типовой закон о закупках"). Типовые положения о выборе концессионера не преследуют цели заменить или воспроизвести весь свод правил принимающего государства о правительственных закупках; они предназначены для оказания помощи национальным законодателям в разработке специальных правил, приспособленных для выбора концессионера. Проекты типовых положений исходят из того, что в принимающем государстве существуют общие рамки для принятия решений о заключении правительственных контрактов, которые предусматривают прозрачные и эффективные конкурентные процедуры, отвечающие стандартам Типового закона о закупках. Таким образом, типовые положения не затрагивают ряда практических процедурных мер, которые, как правило, будут предусматриваться надлежащим общим режимом регулирования закупок. Это относится, например, к следующим вопросам: способ опубликования уведомлений, процедуры выдачи запросов предложений, ведение отчетности о процессе закупок, доступность информации для общественности, тендерное обеспечение и процедуры обжалования. Если это уместно, комментарии к соответствующим типовым положениям отсылают читателя к положениям Типового закона о закупках, которые могут, mutatis mutandis, дополнять описываемые практические элементы процедур отбора.

[8] Перечень элементов, обычно включаемых в приглашение к участию в процедурах предквалификационного отбора, можно найти в пункте 2 статьи 25 Типового закона о закупках.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		c) если это уже известно, краткое изложение основных требуемых условий концессионного договора, который должен быть заключен; *d)* способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок для их представления, выраженный в виде конкретной даты и времени суток и предоставляющий в распоряжение участников процедур достаточное время для подготовки и представления их заявок; и *e)* способ и место представления заявок на получение документации для предварительного отбора. 4. В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания документации для предварительного отбора, которая должна предоставляться поставщикам и подрядчикам в рамках процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][9], в документацию в связи с предварительным отбором включается как минимум следующая информация: *a)* критерии предварительного отбора в соответствии с [*типовым положением 7*]; *b)* намеревается ли организация-заказчик снять ограничения на участие консорциумов, установленные в [*типовом положении 8*]; *c)* намеревается ли организация-заказчик обратиться только к ограниченному числу[10] участников процедур, прошедших предварительный отбор, с запросом предложений после завершения процедур предварительного отбора в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 9*] и, если такой порядок будет применяться, способ отбора таких участников; *d)* намеревается ли организация-заказчик потребовать от победившего участника процедур учредить самостоятельное юридическое лицо, созданное и зарегистрированное в соответствии с законами [*принимающего государства*], в соответствии с [*типовым положением 30*]. 5. Применительно к вопросам, не урегулированным в настоящем [*типовом положении*], процедуры предварительного отбора проводятся в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о правительственных закупках, регулирующие проведение процедур предквалификационного отбора поставщиков и подрядчиков*][11].		
Критерии предварительного отбора [*см. рекомендацию 15 и главу III, пункты 34–40, 43 и 44*]	7	С тем чтобы выполнить условия для участия в процедурах отбора, заинтересованные участники процедур должны подтвердить, что они удовлетворяют объективно оправданным критериям[12], которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующим конкретным процедурам, как они указаны в документации для предварительного отбора. Эти критерии включают как минимум следующее: *a)* надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, включая проектно-конструкторские, строительные и эксплуатационные работы, а также работы по материально-техническому обслуживанию; *b)* достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и возможности по удовлетворению его финансовых потребностей; *c)* соответствующие управленческие и организационные возможности, репутацию и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации аналогичных объектов инфраструктуры.	15	Участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют критериям предварительного отбора, которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующему конкретному проекту, включая следующее: *a)* надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, а именно для выполнения инженерно-конструкторских, строительных и эксплуатационных работ, а также работ по материально-техническому обслуживанию; *b)* достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта; *c)* соответствующие управленческие и организационные возможности, репутацию и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры.
Участие консорциумов [*см. рекомендацию 16 и главу III, пункты 41 и 42*]	8(1–2)	1. Организация-заказчик при первом приглашении участников процедур к участию в процедурах отбора предоставляет им возможность создавать консорциумы для участия в процедурах. Информация, которая требуется от членов консорциумов, принимающих участие в процедурах, для демонстрации их	16	Участникам процедур следует предоставить возможность создавать консорциумы для представления предложений, при условии что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, прямо или через дочерние компании, только в одном консорциуме, участвующем в процедурах.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		квалификационных данных в соответствии с [*типовым положением 7*], относится как к консорциуму в целом, так и к его отдельным участникам. 2. Если иное [не разрешено … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] и] не указано в документации для предварительного отбора, каждый член консорциума может участвовать, прямо или косвенно, только в одном консорциуме[13]. Нарушение этого правила приводит к дисквалификации соответствующего консорциума и его отдельных членов.		
	8(3)	3. При рассмотрении квалификационных данных консорциумов, участвующих в процедурах, организация-заказчик принимает во внимание индивидуальные возможности членов консорциума и определяет, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.		
Решение о предварительном отборе [*см. рекомендацию 17 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 47–50*]	9(1)	1. Организация-заказчик принимает решение в отношении квалификационных данных каждого участника процедур, представившего заявку на предварительный отбор. При принятии этого решения организация-заказчик применяет только те критерии, которые изложены в документации для предварительного отбора. Затем всем прошедшим предварительный отбор участникам процедур организация-заказчик направляет приглашение представить предложения в соответствии с [*типовыми положениями 10–17*].		
	9(2)	2. Независимо от пункта 1 организация-заказчик может, при условии что она сделала с этой целью соответствующее заявление в документации для предварительного отбора, сохранить за собой право запросить, после завершения процедур предварительного отбора, предложения только у ограниченного числа[14] участников процедур, которые наилучшим образом удовлетворяют критериям предварительного отбора. С этой целью организация-заказчик выставляет оценки участникам процедур, удовлетворяющим критериям предварительного отбора, на основе критериев, примененных для оценки их квалификационных данных, и составляет список участников процедур, которые по завершении процедур предварительного отбора будут приглашены представить предложения. При составлении этого списка организация-заказчик применяет только ту систему оценок, которая была изложена в документации для предварительного отбора.	17	Организации-заказчику следует составлять краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которым впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будет предложено представить предложения.

[9] Перечень элементов, обычно включаемых в предквалификационную документацию, можно найти в пункте 3 статьи 7 Типового закона о закупках.

[10] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Способ, с помощью которого для обеспечения такого числа участников процедур могут быть использованы системы оценок (в особенности системы количественных оценок), рассматривается в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 48 и 49). См. также сноску 14.

[11] Информацию о процедурных действиях в рамках процесса предквалификационного отбора, в том числе о процедурах работы с запросами разъяснений и о требованиях о раскрытии информации применительно к решению организации-заказчика относительно квалификационных данных участников процедур, можно найти в пунктах 2–7 статьи 7 Типового закона о закупках.

[12] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность представления определенного преференциального режима для национальных предприятий или же специального режима для участников процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Различные вопросы, связанные с национальными преференциями, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 43 и 44). В *Руководстве для законодательных органов* высказывается мнение, что страны, которые пожелают обеспечить определенные стимулы для национальных поставщиков, могут применять подобные преференции в форме специальных критериев оценки, а не в форме прямого исключения иностранных поставщиков. В любом случае, если предусматриваются национальные преференции, то о них следует объявлять заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

[13] Обоснование запрета участия участников процедур более чем в одном консорциуме для представления предложений в отношении одного и того же проекта заключается в стремлении снизить опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами. Тем не менее в типовом предложении предусматривается возможность специальных исключений из этого правила в случае, например, когда поставка каких-либо конкретных товаров или предоставление каких-либо особых услуг, необходимых для осуществления проекта, могут ожидаться только от одной компании или только от ограниченного числа компаний.

[14] В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). В *Руководстве для законодательных органов* рассматривается способ обеспечения такого количества участников процедур при помощи систем оценок (в особенности систем количественных оценок) (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 48). Следует отметить, что системы оценок используются исключительно для цели предварительного отбора участников процедур. Оценки участников процедур, прошедших предварительный отбор, не должны учитываться на этапе оценки предложений (см. типовое положение 15), на котором исходное положение всех участников процедур, прошедших предварительный отбор, должно быть равным.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений [*см. рекомендацию 18 (применительно к пункту 1) и 19 (применительно к пунктам 2 и 3) и главу III, пункты 51–58*]	10(1)	1. Организация-заказчик предоставляет пакет из запроса предложений и связанной с ним документации, подготовленной в соответствии с [*типовым положением 11*], каждому прошедшему предварительный отбор участнику процедур, внесшему плату, если таковая взимается, за эту документацию.	18	По завершении процедур предварительного отбора организации-заказчику следует предложить прошедшим предварительный отбор участникам процедур представить окончательные предложения.
	10(2–3)	2. Независимо от вышеуказанного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик считает невозможным описать в запросе предложений характеристики проекта, такие как проектные спецификации, эксплуатационные показатели, финансовые механизмы или договорные условия, настолько подробно и четко, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения. 3. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения: *a)* в первоначальный запрос предложений включается призыв к участникам процедур представить на первом этапе процедуры первоначальные предложения, касающиеся проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, а также основных договорных условий, предложенных организацией-заказчиком[15]; *b)* организация-заказчик может проводить встречи и обсуждения с любыми участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений или первоначальных предложений и сопровождающей их документации, представленной участниками процедур. Организация-заказчик составляет протокол любой такой встречи или обсуждений с указанием заданных вопросов и разъяснений, предоставленных организацией-заказчиком; *c)* после изучения полученных предложений организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальный запрос предложений, исключив или изменив любой аспект первоначальных проектных спецификаций, эксплуатационных показателей, финансовых требований или других характеристик проекта, включая основные договорные условия, и любой критерий для оценки и сопоставления предложений и определения победившего участника процедур, как они изложены в первоначальном запросе предложений, а также добавив дополнительные характеристики или критерии. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 26*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается в приглашении представить окончательные предложения; *d)* на втором этапе процедур организация-заказчик приглашает участников процедур представить окончательные предложения в отношении единого свода проектных спецификаций, эксплуатационных показателей или договорных условий в соответствии с [*типовыми положениями 11–17*].	19	Независимо от вышеизложенного организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда она не имеет возможности сформулировать проектные спецификации или эксплуатационные показатели и договорные условия в связи с проектом настолько подробно и точно, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения: *a)* организации-заказчику следует в первую очередь обратиться к прошедшим предварительный отбор участникам процедур с призывом представить предложения, касающиеся спецификаций на продукцию проекта и других характеристик проекта, а также предполагаемых условий договора; *b)* организации-заказчику следует провести встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений; *c)* после изучения полученных предложений организации-заказчику следует провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальные проектные спецификации и договорные условия до рассылки окончательного запроса предложений.
Содержание запроса предложений [*см. рекомендацию 20 и главу III, пункты 59–70*]	11	В той мере, в которой это уже не требуется в силу [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы содержания запроса предложений*][16], в окончательный запрос предложений включается как минимум следующая информация: *a)* общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений[17]; *b)* проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды[18];	20	В окончательный запрос предложений следует включать по меньшей мере следующее: *a)* общую информацию, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений; *b)* проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды; *c)* предлагаемые организацией-заказчиком условия договора; *d)* критерии оценки предложений, относительное значение, придаваемое каждому из этих критериев, и порядок применения критериев при оценке предложений.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		c) предлагаемые организацией-заказчиком договорные условия, включая указания на то, какие условия не могут считаться предметом переговоров; *d)* критерии оценки предложений и минимальные показатели, если таковые имеются, установленные организацией-заказчиком для определения предложений, не отвечающих формальным требованиям; относительное значение, придаваемое каждому из критериев оценки; и порядок применения этих критериев и минимальных показателей при оценке и отклонении предложений.		
Тендерное обеспечение [*см. главу III, пункт 62*]	12	1. В запросе предложений устанавливаются требования в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий требуемого тендерного обеспечения. 2. Участник процедур не утрачивает права на любое тендерное обеспечение, которое от него может требоваться предоставить, за исключением следующих случаев[19]: *a)* отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или, если это оговорено в запросе предложений, до истечения этого срока; *b)* неспособность вступить в заключительные переговоры с организацией-заказчиком согласно [*пункту 1 типового положения 17*]; *c)* неспособность сформулировать наилучшую и окончательную оферту в течение срока, установленного организацией-заказчиком согласно [*пункту 2 типового положения 17*]; *d)* неспособность подписать концессионный договор после принятия предложения, если этого требует организация-заказчик; *e)* неспособность предоставить требуемое обеспечение исполнения концессионного договора после принятия предложения или выполнить любое другое указанное в запросе предложений условие до подписания концессионного договора.		
Разъяснения и изменения [*см. рекомендацию 21 и главу III, пункты 71 и 72*]	13	Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – провести обзор любого элемента окончательного запроса предложений, как это предусматривается в [*типовом положении 11*], и, в случае необходимости, пересмотреть его. Организация-заказчик указывает в отчете о процедурах отбора, который составляется согласно [*типовому положению 26*], основания любого пересмотра запроса предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается участникам процедур таким же образом, что и в случае запроса предложений, в разумный срок до истечения окончательного срока представления предложений.	21	Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – внести изменения в окончательный запрос предложений путем издания добавления в любой разумный момент до истечения окончательного срока представления предложений.
Критерии оценки [*см. рекомендации 22 (применительно к пункту 1) и 23 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 73–77*]	14(1)	1. Критерии оценки и сопоставления технических предложений[20] включают как минимум следующее: *a)* техническую обоснованность; *b)* соблюдение экологических стандартов; *c)* оперативную осуществимость; *d)* качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления.	22	Критерии оценки и сопоставления технических предложений должны быть направлены на определение эффективности представленного тем или иным участником процедур предложения с точки зрения удовлетворения потребностей организации-заказчика, включая следующее: *a)* техническую обоснованность; *b)* оперативную осуществимость; *c)* качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления; *d)* открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
	14(2)	2. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений[21] включают, если это уместно, следующее: *a)* текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии; *b)* текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются; *c)* затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание; *d)* объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от каких-либо публичных органов [*принимающего государства*]; *e)* обоснованность предлагаемых финансовых механизмов; *f)* степень согласия с предложенными организацией-заказчиком в запросе предложений договорными условиями, которые могут являться предметом переговоров; *g)* открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.	23	Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений могут включать, если это уместно, следующее: *a)* текущую стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии; *b)* текущую стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются; *c)* затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание; *d)* объем финансовой поддержки, если ожидается таковая от правительства; *e)* обоснованность предлагаемых механизмов финансирования; *f)* степень согласия с предлагаемыми договорными условиями.
Сопоставление и оценка предложений [*см. рекомендацию 24 и главу III, пункты 78–82*]	15	1. Организация-заказчик проводит сопоставление и оценку каждого предложения в соответствии с критериями оценки, относительным значением, придаваемым каждому из этих критериев, и порядком оценки, изложенным в запросе предложений. 2. Для целей пункта 1 организация-заказчик может устанавливать минимальные уровни требований в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов. Предложения, не достигшие минимальных уровней, рассматриваются в качестве не отвечающих формальным требованиям и исключаются из процедур отбора[22].	24	Организация-заказчик может устанавливать минимальные требования в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов, которые должны быть отражены в предложениях в соответствии с критериями, изложенными в запросе предложений. Предложения, не достигшие таких минимальных требований, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям.

[15] Во многих случаях, особенно в связи с новыми видами проектов, организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать на данном этапе подробный проект предусматриваемых ею договорных условий. Кроме того, организация-заказчик может счесть предпочтительным такой порядок, при котором подобные условия будут разрабатываться только после проведения первого раунда консультаций с прошедшими предварительный отбор участниками процедур. В любом случае для организации-заказчика будет, однако, важно предоставить на данном этапе определенную информацию с указанием ключевых условий концессионного договора, в частности, предусматриваемого по этому договору способа распределения связанных с проектом рисков между сторонами. Если вопрос о таком распределении договорных прав и обязательств будет оставлен полностью открытым до представления окончательного запроса предложений, то появляется опасность того, что участники процедур будут стремиться к минимизации принимаемых на себя рисков, что может воспрепятствовать достижению цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 67–70, а также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8–29).

[16] Перечень элементов, обычно включаемых в запрос предложений применительно к услугам, можно найти в статье 38 Типового закона о закупках.

[17] Перечень элементов, которые должны быть включены, можно найти в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 61 и 62.

[18] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 64–66.

[19] Общие положения о тендерном обеспечении можно найти в статье 32 Типового закона о закупках.

[20] См. главу III "Выбор концессионера", пункт 74.

[21] См. главу III "Выбор концессионера", пункты 75–77.

[22] В этом типовом положении предлагается пример процесса оценки, который организация-заказчик, возможно, пожелает применить с целью сопоставления и оценки предложений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Альтернативные процедуры оценки описываются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 79–82; речь идет, например, о двухэтапных процедурах оценки или о системе двух конвертов. В отличие от процесса, предусматриваемого в данном типовом положении, процедуры, описанные в *Руководстве для законодательных органов*, направлены на то, чтобы предоставить организации-заказчику возможность проводить сопоставление и оценку нефинансовых критериев отдельно от финансовых критериев, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость относительно этапа оценки в рамках процедур отбора, принимающему государству рекомендуется изложить в своем законодательстве те процедуры оценки, которые организация-заказчик может использовать для сопоставления и оценки предложений, и подробно регламентировать применение таких процедур.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Новое подтверждение выполнения квалификационных критериев [*см. рекомендацию 25 и главу III, пункты 78–82*]	16	Организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые использовались при его предварительном отборе. Организация-заказчик дисквалифицирует любого участника процедур, который не сможет вновь подтвердить свои квалификационные данные при получении соответствующего запроса[23].	25	Независимо от того, проводился ли процесс предварительного отбора, организация-заказчик может сохранять за собой право потребовать от всех участников процедур вновь продемонстрировать их квалификационные данные в соответствии с критериями и процедурами, изложенными в запросе предложений или, если это уместно, в документации для предварительного отбора. В случаях, когда процесс предварительного отбора проводился, должны применяться те же критерии, что и при процедурах предварительного отбора.
Заключительные переговоры [*см. рекомендации 26 (применительно к пункту 1) и 27 (применительно к пункту 2) и главу III, пункты 83 и 84*]	17(1)	1. Организация-заказчик расставляет все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок и приглашает к участию в заключительных переговорах по концессионному договору участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению, если таковые имеются.	26	Организации-заказчику следует расставить все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок на основе критериев, изложенных в запросе предложений, и пригласить к участию в заключительных переговорах по проектному соглашению участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению.
	17(2)	2. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению концессионного договора, организация-заказчик информирует этого участника процедур о своем намерении прекратить переговоры и предоставляет ему разумный срок для подготовки его наилучшей и окончательной оферты. Если в течение установленного срока этот участник процедур не подготовит приемлемой для организации-заказчика оферты, она прекращает переговоры с таким участником процедур. Затем организация-заказчик приглашает к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит концессионного договора или не отклонит все оставшиеся предложения. Организация-заказчик не возобновляет переговоров с каким-либо участником процедур, переговоры с которым были прекращены на основании настоящего пункта.	27	Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению проектного соглашения, организации-заказчику следует проинформировать этого участника процедур о том, что она прекращает переговоры, а затем поочередно приглашать к переговорам других участников процедур на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит проектного соглашения или не отклонит все оставшиеся предложения.
Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур [*см. рекомендацию 28 и главу III, пункт 89*]	18	При условии утверждения … [*принимающее государство указывает соответствующий орган*][24] организация-заказчик уполномочивается проводить переговоры по концессионному договору без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], в следующих случаях: *a)* когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], было бы практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика; *b)* когда речь идет о краткосрочных проектах и объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает суммы [в …] [*принимающее государство оговаривает денежный предел*] [установленной в …] [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, в которых оговаривается денежный предел, до достижения которого подряды на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут выдаваться без проведения конкурентных процедур*][25]; *c)* когда проект связан с национальной обороной или национальной безопасностью; *d)* когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника, например когда для предоставления услуги требуется использование прав интеллектуальной собственности или других исключительных прав, которые принадлежат определенному лицу или лицам или которыми обладает такое лицо или лица; *e)* в случае представления незапрошенных предложений, которые подпадают под действие [*типового положения 23*];	28	В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена выдавать концессию без использования конкурентных процедур, например: *a)* случаи, когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным; *b)* случаи, когда речь идет о краткосрочных проектах и когда объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает установленной минимальной суммы; *c)* причины, связанные с национальной обороной или национальной безопасностью; *d)* случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау); *e)* случаи, когда поданы незапрошенные предложения, как об этом говорится в рекомендациях 34 и 35; *f)* случаи, когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или когда был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений не было предоставлено, или когда все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, или когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект; *g)* другие случаи, когда вышестоящий орган разрешает прибегнуть к такому исключению по веским причинам, связанным с публичными интересами.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		f) когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений представлено не было или все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового приглашения к участию в процедурах предварительного отбора или нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект в течение требуемого срока[26]; *g)* другие случаи, когда [*принимающее государство указывает соответствующий орган*] разрешает прибегнуть к такому исключению по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами[27].		
Процедуры переговоров по концессионному договору [*см. рекомендацию 29 и главу III, пункт 90*]	19	В тех случаях, когда переговоры по концессионному договору ведутся без использования процедур, изложенных в [*типовых положениях 6–17*], организация-заказчик[28]: *a)* за исключением концессионных договоров, заключаемых согласно [*подпункту c) типового положения 18*], обеспечивает публикацию уведомления о своем намерении начать переговоры в отношении концессионного договора в соответствии с [*принимающее государство указывает любые соответствующие положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений*]; *b)* проводит переговоры с настолько широким кругом лиц, которые, по ее мнению, способны[29] осуществить проект, насколько это позволяют обстоятельства; *c)* устанавливает критерии оценки, при использовании которых предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок.	29	Законодательство может предусматривать требование о соблюдении следующих процедур при выдаче концессии без проведения конкурентных процедур: *a)* организации-заказчику следует публиковать уведомление о своем намерении выдать концессию на осуществление предлагаемого проекта и следует проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства; *b)* оферты должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком; *c)* за исключением ситуации, упомянутой в рекомендации 28 *c)*, организации-заказчику следует обеспечивать опубликование уведомлений о выдаче концессии с указанием особых обстоятельств и причин выдачи концессии без проведения конкурентных процедур.
Приемлемость незапрошенных предложений [*см. рекомендацию 30 и главу III, пункты 97–109*]	20	В порядке исключения из применения [*типовых положений 6–17*] организация-заказчик[30] уполномочивается рассматривать незапрошенные предложения в соответствии с процедурами, изложенными в [*типовых положениях 21–23*], при условии что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым уже были начаты или объявлены процедуры отбора.	30	В порядке исключения из применения процедур отбора, описанных в рекомендациях 14–27, организации-заказчику может быть разрешено рассматривать незапрошенные предложения в соответствии со специальными процедурами, установленными в законодательстве для рассмотрения незапрошенных предложений, при условии что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым организацией-заказчиком уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

[23] В случаях, когда проводились предквалификационные процедуры, должны применяться те же критерии, что и критерии, использовавшиеся при предквалификационных процедурах.

[24] Причина обусловливания принятия решения о заключении концессионного договора без проведения конкурентных процедур утверждением вышестоящего органа заключается в необходимости обеспечения того, чтобы организация-заказчик проводила прямые переговоры с участниками процедур только в надлежащих обстоятельствах (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 85–96). В силу этого в данном типовом положении принимающему государству предлагается указать соответствующий орган, компетентный разрешать проведение переговоров во всех случаях, оговоренных в типовом положении. В то же время принимающее государство может предусмотреть различные требования к утверждению для каждого из подпунктов данного типового положения. В некоторых случаях принимающее государство может, например, предусмотреть, что полномочия на проведение таких переговоров непосредственно вытекают из законодательства. В других случаях принимающее государство может обусловить проведение переговоров утверждением различных вышестоящих органов в зависимости от характера услуг, которые предполагается предоставлять, или от соответствующего сектора инфраструктуры. В подобных случаях принимающему государству, возможно, потребуется адаптировать текст типового положения к этим требованиям утверждения путем добавления соответствующего требования утверждения в надлежащий подпункт или путем добавления ссылки на положения законодательства, в которых подобные требования устанавливаются.

[25] В качестве альтернативы исключению, предусматриваемому в подпункте *b)*, принимающее государство может рассмотреть вопрос о разработке упрощенной процедуры для запроса предложений в связи с проектами, не достигающими установленного предела, например путем применения процедур, описанных в статье 48 Типового закона о закупках.

[26] Принимающее государство, возможно, пожелает установить требование о том, чтобы организация-заказчик включала в отчет, который должен быть подготовлен согласно [*типовому положению 26*], краткое изложение результатов переговоров и указание на ту степень, в которой эти результаты отличаются от проектных спецификаций и договорных условий, изложенных в первоначальном запросе предложений, и на причины этого.

[27] Принимающие государства, которые считают желательным установить порядок, предусматривающий разрешение использовать процедуры переговоров на специальной основе, возможно, пожелают сохранить подпункт *g)* при принятии данного типового положения. Принимающие государства, желающие ограничить исключения из конкурентных процедур отбора, могут, в свою очередь, отдать предпочтение исключению этого подпункта. В любом случае для целей обеспечения прозрачности принимающее государство, возможно, пожелает указать в этом или другом месте типового положения иные исключения, допускающие использование процедур переговоров, если таковые могут предусматриваться согласно специальному законодательству.

[28] Ряд элементов, позволяющих усилить прозрачность при переговорах, проводимых согласно данному типовому положению, рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 90–96.

[29] Принимающие государства, желающие усилить прозрачность применительно к использованию процедур переговоров, могут с помощью специальных правил установить квалификационные критерии, которым должны удовлетворять лица, приглашенные к участию в переговорах согласно [*типовым положениям 18 и 19*]. Возможные квалификационные критерии указываются в [*типовом положении 7*].

[30] Данное типовое положение исходит из того, что полномочия на рассмотрение незапрошенных предложений будут принадлежать организации-заказчику. Однако в зависимости от системы регулирования в принимающем государстве ответственность за работу с незапрошенными предложениями или за рассмотрение, например, вопроса о том, отвечает ли незапрошенное предложение публичным интересам, может лежать на ином органе, чем организация-заказчик. В подобном случае принимающему государству следует внимательно рассмотреть порядок, с помощью которого, возможно, потребуется обеспечить координацию функций такого органа и функций организации-заказчика (см. сноски 1, 3 и 24, а также источники, на которые в них даны ссылки).

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений [*см. рекомендации 31 (применительно к пунктам 1 и 2) и 32 (применительно к пункту 3) и главу III, пункты 110–112*]	21(1–2)	1. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик незамедлительно информирует представившую его сторону о том, рассматривается ли проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам[31]. 2. Если проект сочтен потенциально отвечающим публичным интересам согласно пункту 1, организация-заказчик приглашает сторону, представившую предложение, представить настолько подробную информацию о предлагаемом проекте, насколько это является возможным на этом этапе, с тем чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить квалификационные данные этой стороны[32] и техническую и экономическую осуществимость проекта, а также определить вероятность успешной реализации проекта в предложенном порядке и на условиях, приемлемых для организации-заказчика. С этой целью сторона, предложившая проект, представляет технико-экономическое обоснование, исследование экологического воздействия и достаточную информацию относительно концепций или технологий, предусматриваемых в предложении.	31	После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организации-заказчику следует в течение непродолжительного разумного срока проинформировать представившую его сторону о том, рассматривается ли предложенный проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам. Если будет сочтено, что проект отвечает публичным интересам, организации-заказчику следует пригласить сторону, представившую предложение, представить официальное предложение, содержащее информацию, достаточно подробную для того, чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить концепцию или технологию и определить, отвечает ли предложение условиям, установленным в законодательстве, и может ли оно быть успешно реализовано в масштабах предлагаемого проекта.
	21(3)	3. При рассмотрении незапрошенного предложения организация-заказчик уважает интеллектуальную собственность, коммерческую тайну или другие исключительные права, воплощенные в предложении, вытекающие из него или упомянутые в нем. В силу этого организация-заказчик не использует информации, предоставленной стороной, предложившей проект, или от ее имени в связи с ее незапрошенным предложением, в иных целях, чем оценка предложения, кроме как с согласия этой стороны. Если иное не согласовано сторонами, организация-заказчик в случае отклонения предложения возвращает стороне, предложившей проект, оригиналы и любые копии документов, которые были представлены и подготовлены этой стороной на протяжении всей процедуры.	32	Сторона, предложившая проект, должна сохранять правовой титул на всю представленную документацию на протяжении всей процедуры, и эта документация должна быть возвращена ей в случае, если предложение будет отклонено.
Незапрошенные предложения, которые не связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами [*см. рекомендацию 33 и главу III, пункты 113 и 114*]	22	1. За исключением обстоятельств, изложенных в [*типовом положении 18*], организация-заказчик, если она принимает решение об осуществлении проекта, начинает процедуры отбора в соответствии с [*типовыми положениями 6–17*], если организация-заказчик сочтет, что: *a)* предполагаемая отдача проекта может быть достигнута без использования интеллектуальной собственности, коммерческой тайны или других исключительных прав, которые принадлежат стороне, представившей предложение, или которыми она обладает; и *b)* предложенная концепция или технология в действительности не является уникальной или новой. 2. Сторона, представившая предложение, приглашается к участию в процедурах отбора, начатых организацией-заказчиком в соответствии с пунктом 1, и ей могут быть предоставлены стимулы или аналогичные льготы в порядке, описанном организацией-заказчиком в запросе предложений, за подготовку и представление предложения.	33	Организации-заказчику следует начать процедуры конкурентного отбора в соответствии с рекомендациями 14–27, если будет сочтено, что предполагаемая проектная отдача может быть достигнута без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор незапрошенного предложения обладает исключительными правами, или если предлагаемая концепция или технология в действительности не является уникальной или новой. Автор незапрошенного предложения должен быть приглашен к участию в таких процедурах, и ему могут быть предоставлены льготы за представление предложения.
Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами [*см. рекомендации 34 (применительно к пунктам 1 и 2) и 35 (применительно к пунктам 3 и 4) и главу III, пункты 115–117*]	23(1–2)	1. Если организация-заказчик установит, что условия, предусматриваемые в [*пункте 1 a) и b) типового положения 22*], не соблюдены, то от нее не требуется проведения процедур отбора согласно [*типовым положениям 6–17*]. Однако организация-заказчик может попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением в соответствии с положениями, изложенными в пунктах 2–4[33]. 2. Когда организация-заказчик намеревается получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением, она публикует описание основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить предложения в течение [разумного срока] [*принимающее государство указывает определенный конкретный срок*].	34	Если, как представляется, предполагаемая проектная отдача не может быть достигнута без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор незапрошенного предложения обладает исключительными правами, организации-заказчику следует попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением. Для этой цели организации-заказчику следует опубликовать описание основных элементов, касающихся продукции предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
	23(3–4)	3. Если предложений в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, в течение [разумного срока] [срока, оговоренного в пункте 2, выше] получено не было, организация-заказчик может начать переговоры со стороной, представившей первоначальное предложение. 4. Если организация-заказчик получает предложения в ответ на приглашение, сделанное согласно пункту 2, она приглашает представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями, изложенными в [*типовом положении 19*]. В случае, если организация-заказчик получает достаточно большое число предложений, которые, как это представляется prima facie, удовлетворяют ее потребностям в области инфраструктуры, организация-заказчик обращается с запросом о представлении предложений согласно [*типовым положениям 10–17*] с учетом любых стимулов или иных льгот, которые могут быть предоставлены лицу, представившему незапрошенное предложение, в соответствии с [*пунктом 2 типового положения 22*].	35	Организация-заказчик может провести переговоры с автором незапрошенного предложения, если никаких альтернативных предложений не было получено, при условии согласия вышестоящего органа. Если альтернативные предложения были представлены, организации-заказчику следует пригласить все представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями рекомендации 29 *a)–c).*
Конфиденциальность переговоров [*см. рекомендацию 36 и главу III, пункт 118*]	24	Организация-заказчик обращается с предложениями таким образом, чтобы не допустить раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения, сообщения и переговоры между организацией-заказчиком и участником процедур согласно [*пункту 3 типового положения 10, типовым положениям 17, 18 и 19 или пунктам 3 и 4 типового положения 23*] являются конфиденциальными. За исключением случаев, когда это требуется в силу закона или приказа суда, ни одна из сторон переговоров не раскрывает какому бы то ни было другому лицу, кроме как своих агентов, субподрядчиков, кредиторов, советников или консультантов, любую техническую, ценовую или иную информацию, которую она получила в связи с обсуждениями, сообщениями и переговорами согласно вышеупомянутым положениям, без согласия на то другой стороны.	36	Переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон переговоров не должна раскрывать какому бы то ни было другому лицу любую техническую, ценовую или иную коммерческую информацию, связанную с переговорами, без согласия на то другой стороны.
Уведомление о принятии решения заключить договор [*см. рекомендацию 37 и главу III, пункт 119*]	25	За исключением концессионных договоров, решение о заключении которых принимается согласно [*подпункту c) типового положения 18*], организация-заказчик обеспечивает публикацию уведомления о принятии решения заключить договор в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о процедурах закупок, регулирующие вопросы публикации уведомлений о принятии решений заключить договор*]. В уведомление включаются указание концессионера и резюме основных условий концессионного договора.	37	Организации-заказчику следует обеспечить публикацию уведомления о выдаче подряда на проект. В уведомлении должен указываться концессионер и должно приводиться резюме основных условий проектного соглашения.
Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор [*см. рекомендацию 38 и главу III, пункты 120–126*]	26	Организация-заказчик ведет надлежащую отчетность, в которую включается информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения заключить договор, в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства о публичных закупках, регулирующие вопросы ведения отчетности о процедурах закупок*][34].	38	Организации-заказчику следует вести надлежащую отчетность, в которую включается ключевая информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда. В законодательстве следует установить требования об обеспечении публичного доступа к такой отчетности.

[31] Определение того, отвечает ли предложенный проект публичным интересам, предполагает тщательную оценку потенциальных выгод для общества, предлагаемых проектом, а также его связи с правительственной политикой в соответствующем секторе инфраструктуры. С тем чтобы обеспечить беспристрастность, прозрачность и предсказуемость процедур определения приемлемости незапрошенных предложений, принимающему государству было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в правилах или других документах руководящие указания относительно критериев, которые будут использоваться для определения соответствия незапрошенных предложений публичным интересам и которые могут включать критерии для оценки уместности договорных решений и разумности предлагаемого распределения рисков, связанных с проектом.

[32] Принимающее государство, возможно, пожелает предусмотреть в своих правилах квалификационные критерии, удовлетворение которых может требоваться от стороны, предложившей проект. Элементы, которые следует принимать во внимание с этой целью, указываются в [*типовом положении 7*].

[33] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии специальной процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, подпадающих под действие данного типового положения; такая процедура может, mutatis mutandis, строиться на основе процедуры запроса предложений, изложенной в статье 48 Типового закона о закупках.

[34] Вопросы о содержании такой отчетности в связи с различными видами процедур выдачи подрядов на проекты, которые предусматриваются в типовых положениях, а также о той степени, в которой содержащаяся в ней информация может быть открыта для доступа общественности, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 120–126. Содержание подобного отчета в связи с различными видами предусматриваемых процедур выдачи подрядов на проекты рассматривается в статье 11 Типового закона о закупках. Если подобные вопросы недостаточно урегулированы в законодательстве принимающего государства, то ему следует принять соответствующие законы или правила.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Процедуры обжалования [*см. рекомендацию 39 и главу III, пункты 127–131*]	27	Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия или бездействие организации-заказчика в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы обжалования решений, вынесенных в рамках процедур закупки*][35].	39	Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия организации-заказчика в соответствии с законодательством принимающей страны.
Содержание концессионного договора [*см. рекомендацию 40 и главу IV, пункты 1–11*]	28	В концессионном договоре регулируются такие вопросы, которые стороны считают уместными, например:	40	В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях 41–68, ниже.
[*см. главу IV, пункт 1*]	28 *a)*	*a)* характер и объем работ, которые должны быть выполнены, а также услуг, которые должны быть предоставлены концессионером;		
[*см. рекомендацию 5*]	28 *b)*	*b)* условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав концессионера, если таковая предусматривается, согласно концессионному договору;	5	В законодательстве следует оговорить вопрос о том, может ли концессия распространяться на весь регион в пределах компетенции соответствующей организации-заказчика, или только на отдельную географическую часть такого региона, или на конкретный проект, и может ли она быть выдана с предоставлением исключительных прав или без него, как это уместно, в соответствии с нормами и принципами права, законодательными положениями, подзаконными актами и политикой, применимыми к соответствующему сектору. Организации-заказчики могут быть совместно уполномочены выдавать концессии, выходящие за пределы компетенции отдельных организаций-заказчиков.
	28 *c)*	*c)* помощь, которую организация-заказчик может предоставить концессионеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры;		
[*см. рекомендации 42 и 43 и типовое положение 30*]	28 *d)*	*d)* любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с [*типовым положением 30*];	42	В распоряжение организации-заказчика следует предоставить возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.
			43	В проектном соглашении должны оговариваться минимальный капитал проектной компании и процедуры для получения согласия организации-заказчика с уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами проектной компании, а также с внесением существенных изменений в эти документы.
[*см. рекомендации 44 и 45 и типовые положения 31–33*]	28 *e)*	*e)* собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с [*типовыми положениями 31–33*];	44	В проектном соглашении должны оговариваться, если это уместно, вопросы о том, какие активы будут находиться в публичной собственности и какие активы будут находиться в частной собственности концессионера. В проектном соглашении следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; какие активы организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и какие активы концессионер может свободно вывести или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения.
			45	Организации–заказчику следует оказывать концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально–технического обслуживания объекта. Законодательство может уполномочивать концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это требуется для целей возведения, эксплуатации и материально–технического обслуживания объекта.
[*см. рекомендации 46 и 48*]	28 *f)*	*f)* вознаграждение концессионера, будь то в виде тарифов или сборов за использование объекта или предоставление услуг; методы и формулы расчета или корректировки любых таких тарифов или сборов; и платежи, если таковые предусматриваются, которые могут быть осуществлены организацией-заказчиком или другим публичным органом;	46	В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемые им услуги. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
			48	Организации-заказчику следует предоставить полномочия, если это уместно, соглашаться на прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться пользователями, или в дополнение к ним или принимать на себя обязательства по закупке фиксированных количеств товаров или услуг.
[*см. рекомендацию 52*]	28 *g)*	*g)* процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры;	52	В проектном соглашении должны предусматриваться процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком строительных планов и спецификаций, право организации-заказчика следить за ходом строительства или модернизации объекта инфраструктуры, условия, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, и процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта, его оборудования и аппаратуры.
[*см. рекомендацию 53 и типовое положение 38*]	28 *h)*	*h)* объем обязательств концессионера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях;	53	В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение: *a)* приспособления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее; *b)* непрерывности предоставления услуги; *c)* предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях; *d)* недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.
[*см. рекомендации 52 и 54, подпункт b)*]	28 *i)*	*i)* право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены концессионером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями;	52	В проектном соглашении должны предусматриваться процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком строительных планов и спецификаций, право организации-заказчика следить за ходом строительства или модернизации объекта инфраструктуры, условия, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, и процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта, его оборудования и аппаратуры.
			54 *b)*	*b)* Процедуры для контроля за деятельностью концессионера и принятия таких мер, которые, по мнению организации-заказчика или регулирующего учреждения, будут являться разумными и уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями.
[*см. рекомендацию 54, подпункт a)*]	28 *j)*	*j)* объем обязательства концессионера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях;	54 *a)*	*a)* Степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях.
[*см главу IV, пункты 73–76*]	28 *k)*	*k)* механизмы решения вопросов о дополнительных затратах или других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами *h)* и *i),* выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право концессионер;	...	...
[*см. рекомендацию 56*]	28 *l)*	*l)* любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера, или другими связанными с ней лицами;	56	Организация-заказчик может зарезервировать за собой право рассматривать и утверждать основные контракты, заключаемые концессионером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера или связанными с ней. Как правило, в утверждении организацией-заказчиком должно отказываться только в тех случаях, когда в контрактах содержатся положения, противоречащие проектному соглашению или явно противоречащие публичным интересам или императивным нормам публично-правового характера.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
[*см. рекомендацию 58, подпункты a) и b)*]	28 *m)*	*m)* гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены концессионером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры;	58 *a)*	*a)* Формы, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;
			58 *b)*	*b)* страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера.
[*см. рекомендацию 58, подпункт e)*]	28 *n)*	*n)* средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон;	58 *e)*	*e)* Средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.
[*см. рекомендацию 58, подпункт d)*]	28 *o)*	*o)* объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в концессионном договоре, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля;	58 *d)*	*d)* Объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в проектном соглашении, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы их разумного контроля.
[*см. рекомендацию 61*]	28 *p)*	*p)* срок действия концессионного договора и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении;	61	Продолжительность концессии должна быть оговорена в проектном соглашении.
[*см. рекомендацию 67*]	28 *q)*	*q)* способ расчета компенсации согласно [*типовому положению 47*];	67	В проектном соглашении следует оговорить способы исчисления компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения проектного соглашения, предусмотрев, когда это уместно, компенсацию справедливой стоимости работ, выполненных по проектному соглашению, и убытков, включая утраченную прибыль.
[*см. рекомендацию 69 и типовое положение 49*]	28 *r)*	*r)* применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и концессионером;	69	Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, наилучшим образом отвечают потребностям проекта.
Применимое право [*см. рекомендацию 41 и главу IV, пункты 5–8*]	29	Концессионный договор регулируется законодательством принимающего государства, если иное не предусмотрено в концессионном договоре[36].	41	Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны.
Организационное устройство концессионера [*см. рекомендации 42 и 43 и главу IV, пункты 12–18*]	30	Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии что заявление об этом было включено в документацию для предварительного отбора или в запрос предложений, если это уместно. В концессионном договоре оговариваются любые требования в отношении минимального капитала такого юридического лица и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами, а также с внесением существенных изменений в эти документы.	42	В распоряжение организации-заказчика следует предоставить возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.
			43	В проектном соглашении должны оговариваться минимальный капитал проектной компании и процедуры для получения согласия организации-заказчика с уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами проектной компании, а также с внесением существенных изменений в эти документы.
Собственность на активы [*см. рекомендацию 44 и главу IV, пункты 20–26*]	31	В концессионном договоре оговаривается, если это уместно, какие активы находятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности концессионера. В концессионном договоре указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям: *a)* активы, если таковые имеются, которые концессионер должен возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями концессионного договора;	44	В проектном соглашении должны оговариваться, если это уместно, вопросы о том, какие активы будут находиться в публичной собственности и какие активы будут находиться в частной собственности концессионера. В проектном соглашении следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; какие активы организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и какие активы концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения.

[35] Элементы для создания надлежащей системы обжалования рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава III "Выбор концессионера", пункты 127–131. Они также содержатся в главе VI Типового закона о закупках. Если законодательство принимающего государства не предусматривает подобной надлежащей системы обжалования, то ему следует рассмотреть вопрос о принятии соответствующих законов.

[36] Вопрос о том, могут ли стороны концессионного договора избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство иного государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах поразному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 5–8), в некоторых странах концессионные договоры могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проекта в области инфраструктуры (в общем плане см. *Руководство для законодательных органов*, глава VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", раздел B).

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
		b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у концессионера; и *c)* активы, если таковые имеются, которые концессионер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении концессионного договора.		
Приобретение прав, связанных со строительной площадкой [*см. рекомендацию 45 и главу IV, пункты 27–29*]	32	1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями концессионного договора предоставляет в распоряжение концессионера или, если это уместно, оказывает концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, включая право собственности, какие могут быть необходимы для осуществления проекта. 2. Любое приобретение земельного участка, который может потребоваться для выполнения проекта, в принудительном порядке осуществляется в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы приобретения частной собственности публичными органами в принудительном порядке в публичных интересах*].	45	Организации-заказчику следует оказывать концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально-технического обслуживания объекта. Законодательство может уполномочивать концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это требуется для целей возведения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта.
Сервитуты [*см. рекомендацию 45 и главу IV, пункт 30*]	33	[Концессионер имеет] [Концессионеру предоставляется] право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, если это уместно и требуется для целей осуществления проекта в соответствии с [*принимающее государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании – поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с его законами*].	45	Организации-заказчику следует оказывать концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально-технического обслуживания объекта. Законодательство может уполномочивать концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это требуется для целей возведения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта.
Финансовые механизмы [*см. рекомендации 46 и 47 и главу IV, пункты 33–51*]	34	Концессионер имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги. В концессионном договоре предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением][37].	46	В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемые им услуги. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.
			47	В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в законодательстве следует установить механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов.
Обеспечительные интересы [*см. рекомендацию 49 и главу IV, пункты 52–61*]	35	1. С учетом любых ограничений, которые могут устанавливаться в концессионном договоре[38], концессионер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее: *a)* обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем концессионеру, или в его интересах в проектных активах; *b)* залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся концессионеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами. 2. Акционеры компании-концессионера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-концессионера. 3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, в тех случаях, когда создание такого обеспечения запрещается законом [*принимающего государства*].	49	Концессионер должен нести ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объектов инфраструктуры, и в этих целях он должен обладать правом обеспечивать любое финансирование, требующееся для проекта, с помощью создания обеспечительных интересов в любой его собственности, залога акций проектной компании, залога поступлений и дебиторской задолженности из концессии или любого другого уместного обеспечения без ущерба для действия любых норм права, которые могут запрещать создание обеспечительных интересов в публичной собственности.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Уступка концессионного договора [*см. рекомендацию 50 и главу IV, пункты 62 и 63*]	36	Если иное не предусмотрено в [*типовом положении 35*], права и обязательства концессионера согласно концессионному договору не могут быть уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие на уступку прав и обязательств концессионера согласно концессионному договору, включая вопросы принятия на себя новым концессионером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги.	50	Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна. В проектном соглашении должны устанавливаться условия, при которых организация-заказчик может дать согласие на уступку концессии, включая такие условия, как принятие на себя новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и представление доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления услуги.
Передача контрольного пакета акций компании-концессионера [*см. рекомендацию 51 и главу IV, пункты 64–68*]	37	Если иное не предусмотрено в концессионном договоре, контрольный пакет акций компании-концессионера не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В концессионном договоре оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие.	51	Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании-концессионера, если не предусмотрено иное.
Эксплуатация инфраструктуры [*см. рекомендацию 53 и главу IV, пункты 80–93 (применительно к пункту 1) и рекомендацию 55 и главу IV, пункты 96 и 97 (применительно к пункту 2)*]	38(1)	1. В концессионном договоре устанавливается, если это уместно, объем обязательств концессионера по обеспечению: *a)* приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее; *b)* непрерывности предоставления услуги; *c)* предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях; *d)* недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.	53	В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение: *a)* приспособления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее; *b)* непрерывности предоставления услуги; *c)* предоставления услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях; *d)* недискриминационного доступа, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.
	38(2)	2. Концессионер имеет право вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.	55	Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.
Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве [*см. подпункт c) рекомендации 58 и главу IV, пункты 122–125*]	39	В концессионном договоре устанавливается объем, в котором концессионер имеет право на компенсацию, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возрастут или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократится по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги.	58 *c)*	*c)* Компенсация, на которую может иметь право концессионер в случае законодательных изменений или других изменений в экономических и финансовых условиях, которые существенно затрудняют исполнение обязательств по сравнению с тем, как это первоначально предусматривалось. Кроме того, в проектном соглашении должны устанавливаться механизмы пересмотра условий проектного соглашения в случае любых таких изменений.
Пересмотр концессионного договора [*см. подпункт c) рекомендации 58 и главу IV, пункты 126–130*]	40	1. Без ущерба для [*типового положения 39*] в концессионном договоре далее устанавливается объем, в котором концессионер имеет право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации, в случае если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате: *a)* изменений в экономических или финансовых условиях; или *b)* изменений в законодательстве или правилах, непосредственно не затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги; при условии, что экономические, финансовые, законодательные или регулятивные изменения: *a)* происходят после заключения контракта; *b)* происходят вне сферы контроля концессионера; и *c)* носят такой характер, что концессионер не мог их разумно предвидеть в момент заключения проектного договора, или избежать, или преодолеть их последствия. 2. В концессионном договоре устанавливаются процедуры для обзора условий концессионного договора после наступления любых таких изменений.	58 *c)*	*c)* Компенсация, на которую может иметь право концессионер в случае законодательных изменений или других изменений в экономических и финансовых условиях, которые существенно затрудняют исполнение обязательств по сравнению с тем, как это первоначально предусматривалось. Кроме того, в проектном соглашении должны устанавливаться механизмы пересмотра условий проектного соглашения в случае любых таких изменений.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика [*см. рекомендацию 59 и главу IV, пункты 143–146*]	41	В обстоятельствах, указанных в концессионном договоре, организация-заказчик имеет право временно взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации-заказчика.	59	В проектном соглашении должны быть указаны обстоятельства, при которых организация-заказчик может временно брать на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного оказания услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств.
Замена концессионера [*см. рекомендацию 60 и главу IV, пункты 147–150*]	42	Организация-заказчик может согласовать с субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, процедуры замены концессионера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего концессионного договора в случае серьезного нарушения со стороны концессионера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения концессионного договора, или возникновения иных аналогичных обстоятельств[39].	60	Организация-заказчик должна быть уполномочена заключать соглашения с кредиторами, предусматривающие назначение с согласия организации-заказчика нового концессионера для выполнения действующего проектного соглашения в случае серьезного нарушения концессионером своих обязательств по предоставлению требуемых услуг и в случае наступления других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения проектного соглашения.
Срок действия и продление концессионного договора [*см. рекомендацию 62 и главу V, пункты 2–8*]	43	1. Срок действия концессионного договора, как он оговорен в соответствии с [*подпунктом p) типового положения 28*], не продлевается, кроме как в результате следующих обстоятельств: *a)* задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон; *b)* приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов; или *c)* [*другие обстоятельства, оговоренные принимающим государством*][40]. 2. Кроме того, срок действия концессионного договора может быть продлен, с тем чтобы предоставить концессионеру возможность возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в концессионном договоре, если концессионер не смог бы возместить такие издержки в течение первоначально установленного срока.	62	Срок действия концессии не должен продлеваться, кроме как в оговоренных в законе обстоятельствах, например: *a)* задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате наступления событий вне сферы разумного контроля любой из сторон; *b)* приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов; *c)* предоставление концессионеру возможности возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате удовлетворения требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в проектном соглашении, и которые концессионер не смог бы возместить в течение нормального срока действия проектного соглашения.
Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком [*см. рекомендацию 63 и главу V, пункты 14–27*]	44	Организация-заказчик может прекратить концессионный договор: *a)* в случае, когда она более не может разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине; *b)* в силу [настоятельных][41] причин, связанных с публичными интересами, при условии выплаты компенсации концессионеру в порядке, согласованном в концессионном договоре; *c)* [*другие обстоятельства, которые принимающее государство, возможно, пожелает дополнительно установить в своем законодательстве*].	63	Организация-заказчик должна иметь право прекратить проектное соглашение: *a)* в случае, когда она не может более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине; *b)* в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру.

[37] Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются концессионеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются "тарифами", могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий и платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, во многих странах рамки регулирования предоставления общедоступных услуг включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг и требуют, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 36–46).

[38] Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры.

[39] Замена концессионера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения концессионного договора (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 147–150). Стороны могут пожелать обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-концессионера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика.

[40] Принимающее государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о возможности разрешения продлевать, на основе согласия сторон, концессионный договор в соответствии с его условиями по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами.

[41] [Возможные ситуации, когда возникают настоятельные причины, связанные с публичными интересами, рассматриваются в *Руководстве для законодательных органов*, глава V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункт 27.]

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Прекращение концессионного договора концессионером [*см. рекомендацию 64 и главу V, пункты 28–33*]	45	Концессионер не может прекратить концессионный договор, кроме как в следующих обстоятельствах: *a)* в случае серьезного нарушения со стороны организации-заказчика или другого публичного органа их обязательств в связи с концессионным договором; *b)* если условия для пересмотра концессионного договора согласно [*пункту 1 типового положения 40*] соблюдены, однако стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора; или *c)* если затраты на исполнение концессионером концессионного договора существенно возросли или стоимость, которую концессионер получает от такого исполнения, существенно сократилась в результате действий или бездействия организации-заказчика или других публичных органов, таких как те, о которых говорится в [*подпунктах h) и i) типового положения 28*], и стороны не смогли договориться о пересмотре концессионного договора.	64	Концессионер должен иметь право прекратить проектное соглашение в случае оговоренных в законе исключительных обстоятельств, например: *a)* в случае серьезного нарушения организацией-заказчиком или другим публичным органом своих обязательств по проектному соглашению; *b)* в случае, когда исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате распоряжений организации-заказчика о внесении изменений или других ее действий или вследствие непредвиденных изменений в условиях или действий других публичных органов и когда стороны не смогли договориться о соответствующем пересмотре проектного соглашения.
Прекращение концессионного договора любой из сторон [*см. рекомендацию 65 и главу V, пункты 34 и 35*]	46	Любая из сторон имеет право прекратить концессионный договор в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны также имеют право прекратить концессионный договор по обоюдному согласию.	65	Каждая сторона должна иметь право прекратить проектное соглашение в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу возникновения обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны должны также иметь право прекратить проектное соглашение по обоюдному согласию.
Финансовые механизмы по истечении или прекращении концессионного договора [*см. рекомендацию 67 и главу V, пункты 43–49*]	47	В концессионном договоре оговаривается порядок расчета компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения концессионного договора, и предусматривается, когда это уместно, компенсация справедливой стоимости работ, выполненных по концессионному договору, произведенных затрат или убытков, понесенных любой из сторон, включая, если это уместно, утраченную прибыль.	67	В проектном соглашении следует оговорить способы исчисления компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения проектного соглашения, предусмотрев, когда это уместно, компенсацию справедливой стоимости работ, выполненных по проектному соглашению, и убытков, включая утраченную прибыль.
Этап завершения и меры в переходный период [*см. рекомендацию 66 и главу V, пункты 37–42 (применительно к подпункту a)) и рекомендацию 68, главу V, пункты 50–62 (применительно к подпунктам b)–d))*]	48 *a)*	В концессионном договоре устанавливаются, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении: *a)* механизмов и процедур для передачи активов организации-заказчику, когда это уместно;	66	В проектном соглашении должны быть установлены критерии для определения, если это уместно, размеров компенсации, которая может причитаться концессионеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому концессионеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении проектного соглашения.
	48 *b)–d)*	*b)* передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта; *c)* подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника по вопросам эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта; *d)* продолжения предоставления концессионером вспомогательных услуг и ресурсов, включая поставку запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.	68	В проектном соглашении следует установить, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении: *a)* передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта; *b)* подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и технического обслуживания объекта; *c)* предоставления концессионером услуг по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и поставки запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.
Споры между организацией-заказчиком и концессионером [*см. рекомендацию 69 и главу VI, пункты 3–41*]	49	Любые споры между организацией-заказчиком и концессионером разрешаются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном договоре[42].	69	Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, наилучшим образом отвечают потребностям проекта.

Название	*№*	*Типовое законодательное положение*	*№*	*Рекомендация по законодательным вопросам*
Споры с участием клиентов или пользователей объектов инфраструктуры [*см. рекомендацию 71 и главу VI, пункты 43–45*]	50	Когда концессионер предоставляет услуги населению или эксплуатирует объект инфраструктуры, доступный для населения, организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.	71	Для концессионера может быть установлено требование предусмотреть упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.
Другие споры [*см. рекомендацию 70 и главу VI, пункт 42*]	51	1. Концессионер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой. 2. Концессионер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами.	70	Концессионер и учредители проекта должны иметь право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования коммерческих споров между учредителями проекта или споров между концессионером и его кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими деловыми партнерами.

[42] Принимающее государство может предусмотреть в своем законодательстве механизмы урегулирования споров, которые наилучшим образом приспособлены к потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

A/CN.9/533

D. Проект добавления к *Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников:* записка Секретариата

(A/CN.9/533 и Add.1-7) [Подлинный текст на английском языке]

Подборка замечаний правительств и международных организаций

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
I.	ВВЕДЕНИЕ	163
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	163
	Международные организации	163
	Международный союз адвокатов	163

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Рабочая группа по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, была учреждена Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее тридцать четвертой сессии, и на нее была возложена задача составления основных типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.

2. На своей пятой сессии, проходившей в Вене 9–13 сентября 2002 года, Рабочая группа рассмотрела проекты типовых положений, которые были подготовлены Секретариатом при содействии внешних экспертов, и одобрила их текст, как он изложен в приложении к докладу о работе этой сессии (A/CN.9/521). Рабочая группа просила Секретариат распространить проекты типовых положений в целях получения замечаний и представить проекты типовых положений вместе с полученными замечаниями на рассмотрение и утверждение Комиссии на ее тридцать шестой сессии.

3. В настоящей записке воспроизводятся замечания, полученные от одной из международных организаций. Дальнейшие замечания будут издаваться в добавлениях к настоящей записке в порядке их получения.

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

Международные организации

Международный союз адвокатов

[Подлинный текст на английском языке]

Типовое положение 2. Определения

Рабочая группа по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, как нам представляется, столкнулась с проблемами при согласовании определения понятия "концессия", которое было бы приемлемым для всех правовых систем.

Между тем принципиально важное значение для концессионного права имеет четкое определение сферы его применения. Это особенно важно в тех случаях, когда существует законодательство о публичных закупках. В таком случае необходимо четко указать, какое право применимо в отношении конкретных договорных взаимоотношений, независимо от того, как называется договор, регулирующий такие отношения (концессия, лицензия, договор аренды, узуфрукт, правовое основание и т. д.).

Во многих странах, в которых существует законодательство по вопросам сооружения – эксплуатации – передачи или концессии, отмечается тенденция к тому, что подрядчики стремятся избежать его применения (в частности, жестких положений о выборе концессионеров) в результате использования других наименований договора или на основе отрицания существования факта концессии.

Проблема определения термина "концессия" рассматривается Европейским союзом в инструкции Европейской комиссии о толковании термина "концессия" в соответствии с законодательством Сообщества от 12 апреля 2000 года, в которой этот термин определяется следующим образом:

> "Настоящая инструкция, таким образом, касается актов государства, при которых определенный публичный орган поручает какой-либо третьей стороне – на основании договорного акта или одностороннего акта с предварительного согласия такой третьей стороны – полное или частичное управление услугами, за предоставление которых такой орган обычно несет ответственность и в отношении которых такая третья сторона принимает на себя соответствующий риск. Подобные услуги охватываются настоящей инструкцией только в том случае, если они представляют собой экономическую деятельность… Такие акты государства впредь будут именоваться "концессиями" независимо от их юридического наименования в соответствии с национальным законодательством".

Данное определение, которое представляет собой компромисс между системами общего и гражданского права, несомненно, может быть улучшено. Тем не менее оно может быть предложено в качестве примера для оказания помощи законодателям.

Попытка просто обойти этот важнейший вопрос, касающийся определения сферы действия законодательства, может только ухудшить положение.

Типовое положение 3. Полномочия заключать концессионные договоры

Следует отметить, что всегда трудно четко указать в концессионном праве, какие активы или услуги могут быть предметом концессии и какие органы обладают соответствующими полномочиями. Наименование и сфера компетенции органов могут изменяться. Поэтому законодательство о концессиях, для того чтобы оно оказалось приемлемым, в частности, для стран с переходной экономикой, не должно затрагивать какое-либо ранее согласованное распределение полномочий (в частности, местных органов самоуправления). Поэтому рекомендуется применять нейтральное положение, содержащее ссылку на надлежащий орган, обладающий юрисдикцией в отношении активов или услуг, которые предполагается передать в концессию.

Типовое положение 4. Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии

Доводы в отношении типового положения 3 применимы также к типовому положению 4.

В большинстве правовых систем концессионные права не могут предусматривать более широкие права по сравнению с правами, предусмотренными в отраслевом или специальном законодательстве. Вместо примерного или исчерпывающего списка того, что может быть передано в концессию, лучше сделать общую ссылку на услуги и активы, которые могут быть переданы в концессию в соответствии с любым применимым правом и, если необходимо, внести поправки в специальное или отраслевое законодательство, с тем чтобы предусмотреть возможность концессии, если таковая еще не предусмотрена.

В противном случае обычно определяется перечень активов или услуг, которые не могут быть переданы в концессию, поскольку они являются объектом национального суверенитета или национальным достоянием.

Типовое положение 18. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

Исключение *b)* должно основываться не только на максимальном объеме инвестиций, но также и на максимальном годовом обороте и на максимальном сроке действия договора (три–пять лет).

Типовое положение 26. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор

Следует рекомендовать, чтобы каждое концессионное соглашение регистрировалось в отдельном национальном реестре концессий, который ведется конкретным учреждением или министерством (Министерством финансов) и является доступным для всех заинтересованных лиц или организаций. Это облегчит применение средств правовой защиты и предоставит другим организациям-заказчикам возможность воспользоваться опытом заключения подобных договоров в прошлом.

Типовое положение 27. Процедура обжалования

Если существует регулирующий орган, было бы желательно предусмотреть возможность обращения в первой инстанции к такому регулирующему органу в ходе процесса торгов/прямых переговоров или же сразу после его завершения до даты вступления концессии в силу.

Типовое положение 40. Пересмотр концессионного договора

Для того чтобы снизить договорную неопределенность, в пункт 1 необходимо включить следующее четвертое условие:

"*d)* превышают предельную сумму [подлежит определению] инвестиционных затрат или эксплуатационных расходов в течение определенного периода времени [подлежит определению] или нарушают общий финансовый или экономический баланс договора (bouleversement de l'économie du contrat)".

A/CN.9/533/Add.1

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	165
A.	ГОСУДАРСТВА	165
	Италия	165
	Малайзия	166
	Турция	167
B.	МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ	168
	Азиатский банк развития	168
	Европейский банк реконструкции и развития	169
	Международная финансовая корпорация	169

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

Италия

1. Правительство Италии подтверждает свою высокую оценку проделанной работы по подготовке проекта типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, который должен быть представлен на очередной сессии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). В типовые положения фактически включено большинство предложений и мнений, высказанных делегацией Италии, которая тем не менее хотела бы сделать ряд замечаний по отдельным положениям с целью повысить транспарентность и справедливый характер конкурентных процедур.

2. Что касается взаимосвязи между проектом типовых положений и рекомендациями по законодательным вопросам, содержащимися в *Руководстве для законодательных органов*, то делегация Италии предлагает принять третий вариант, указанный в пункте 2 записки Секретариата от 19 декабря 2002 года (A/CN.9/522/Add.1). Поскольку практически невозможно полностью заменить рекомендации по законодательным вопросам типовыми законодательными положениями (второй вариант), вероятно, можно было бы заменить только те рекомендации по законодательным вопросам, в отношении которых Комиссия принимает типовые законодательные положения.

Типовое положение 5. Правила, регулирующие процедуры отбора

3. Очевидно, типовые положения не затрагивают ряд практических процедур или мер, к которым обычно прибегают в рамках надлежащего общего режима закупок (например, тендерное обеспечение и пересмотр процедур, право на информирование общественности, способ публикации объявлений и т. д.). Однако, если какие-то из этих практических, но фундаментальных процедурных положений не включаются в общие правовые рамки принимающего государства, желательно, чтобы в типовых положениях содержалась ссылка на дополнительные положения (например, положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках), предусматривающие прозрачные и эффективные конкурентные процедуры.

Типовое положение 6. Цель и процедуры предварительного отбора

4. Приглашение к участию в процедурах отбора должно быть достаточно содержательным, с тем чтобы можно было определить, в состоянии ли заинтересованные участники обеспечить работы и услуги, предусматриваемые по проекту (например, с указанием возможных критериев предварительного отбора, таких, как использование национальных товаров или местной рабочей силы).

5. Поэтому в данное положение можно было бы добавить заключительную фразу, например "любая другая информация об основных элементах проекта".

Типовое положение 15. Сопоставление и оценка предложений

6. В это типовое положение могли бы включить ссылку на альтернативные процедуры оценки, например на двухэтапную процедуру оценки или на систему двух конвертов (описание которых содержится в главе III "Выбор концессионера", пункты 79–82 *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*).

Типовое положение 17. Заключительные переговоры

7. Такие переговоры могут обладать рядом недостатков, поскольку для их проведения требуются высококвалифицированные сотрудники, имеющие достаточный опыт участия в таких переговорах, и возрастает риск злоупотребления или коррупции. Поэтому в типовом положении желательно указать, что применение процедур конкурсного отбора является правилом при предоставлении заказа на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и что выдача концессионных подрядов без конкурсных процедур возможна только в исключительных случаях.

Типовое положение 19. Процедуры проведения переговоров о концессионном договоре

8. Для повышения транспарентности это положение могло бы предусматривать минимальное число участников процедур, с которыми организации-заказчику следует проводить переговоры или от которых организация-заказчик могла бы запросить предложения (подпункт *b)*).

Типовое положение 26. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор

9. Отчет о процедурах отбора и принятия решения заключить договор необходим для обеспечения транспарентности и отчетности и для облегчения осуществления права участников процедур требовать пересмотра решений, принимаемых организацией-заказчиком.

10. Поэтому было бы желательно закрепить и это право в том случае, если в законодательстве принимающего государства эти вопросы должным образом не затрагиваются, например, добавив слова "если таковые имеются" или аналогичную формулировку со ссылкой на соответствующие положения принимающего государства.

Типовое положение 30. Организационное устройство концессионера

11. Как отмечается в *Руководстве для законодательных органов*, желательно включить в типовое положение ссылку на законодательные положения или предусмотреть требование о согласовании регуляционных требований с международными обязательствами принимающего государства.

Типовое положение 33. Сервитуты

12. Как правило, концессионер не может быстро или свободно получить сервитуты непосредственно от владельцев соответствующего имущества; по этой причине чаще необходимые сервитуты приобретаются организацией-заказчиком в обязательном порядке одновременно с приобретением участка под проект. Поэтому в данном случае желательно добавить слова "концессионеру предоставляется".

Типовое положение 34. Финансовые механизмы

13. Данное положение наделяет концессионера правом устанавливать и получать тарифы или сборы, являющиеся

для него основным или даже единственным источником поступлений.

14. В концессионном договоре предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов и сборов; предполагается, что организация-заказчик в процессе заключения концессионного договора принимает во внимание параметры установления цен на товары или услуги на основе принципов, определяющих стандарты честности и справедливости. По этим причинам слова в квадратных скобках желательно исключить.

Типовое положение 43. Срок действия и продление концессионного договора

15. Рабочая группа уже рассматривала возможность согласования в концессионном договоре между организацией-заказчиком и концессионером вопроса о продлении сроков концессии. В этой связи Рабочая группа решила сохранить основной текст этого положения, предложив дополнить его сноской. Тем не менее, поскольку в целом нецелесообразно полностью исключать вариант проведения переговоров о продлении периода концессии, сноску можно было бы изменить, заменив слова "по настоятельным причинам, связанным с публичными интересами" словами "с учетом конкретных обстоятельств (например, оговоренных в концессионном договоре)".

Типовое положение 44. Прекращение концессионного договора организацией-заказчиком

16. С учетом серьезных последствий, которые могут наступить в результате прекращения договора, эту меру следует рассматривать как крайнюю. Поэтому следует ограничить условия реализации этого права любой из сторон, например, сохранив определение "настоятельные" в случае ссылки на причины, связанные с публичными интересами.

17. Следовало бы также предусмотреть в типовом положении возможность прекращения договора в публичных интересах только в том случае, если об этом прямо упоминается в проекте концессионного договора, распространенном с просьбой представить предложения.

18. Кроме того, поскольку использовать право прекращения договора по причинам, связанным с публичными интересами, вместо других договорных средств в случае неудовлетворительной деятельности концессионера нецелесообразно, в типовые положения можно включить слова "если в концессионном договоре не предусмотрено иное".

19. Чтобы ограничить дискреционные полномочия организации-заказчика в одностороннем порядке прекращать договор, в типовом положении можно предусмотреть необходимость вынесения решения судом или другим органом по урегулированию споров.

Малайзия

1. Малайзия отмечает, что задачей *Типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, является обеспечение типовых положений в целях:

a) установления благоприятных законодательных рамок для поощрения и облегчения осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем повышения транспарентности, добросовестности и долгосрочной устойчивости и устранения неоправданных ограничений участия частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры;

b) разработки общих принципов транспарентности, экономии и добросовестности при предоставлении контрактов публичными органами на основе установления специальных процедур выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

2. С учетом этих задач типовые положения включают, в частности:

a) положения о полномочиях заключать концессионные договоры и правила, регулирующие процедуры отбора концессионера;

b) процедуру предварительного отбора участников;

c) обстоятельства, допускающие предоставление концессионных договоров без проведения конкурентных процедур;

d) процедуры заключения концессионных договоров и содержание концессионного договора.

3. В настоящее время в Малайзии не имеется какого-либо специального законодательства, регулирующего этот процесс. В департаменте премьер-министра создано подразделение, которому поручено заниматься вопросами, связанными с приватизацией и ее процедурами. Что касается регулятивных режимов, то приняты специальные законы, устанавливающие правовые нормы и обеспечивающие их применение в отношении концессионеров и деятельности приватизированных предприятий. Для целей настоящих замечаний в них содержатся ссылки на типовые положения и *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*.

Положения о полномочиях заключать концессионные договоры

4. В проекте типовых законодательных положений предлагается, чтобы принимающее государство перечислило соответствующие публичные органы, которые могут заключать концессионные договоры. В проекте рекомендуется также определить в законодательном порядке публичный орган, уполномоченный предоставлять концессии и заключать соглашения в целях осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

5. Малайзия считает, что такое предложение является в высшей степени регулятивным и может быть чрезмерно ограничительным. Публичный орган не обязательно должен быть стороной всех концессионных договоров, однако возможны случаи, когда публичный орган должен быть стороной такого договора для обеспечения его эффективного осуществления. В тех случаях, когда в целях законодательного оформления конкретных функций публичного органа принято соответствующее национальное законодательство, такое законодательство является достаточным для того, чтобы наделить данный публичный орган необходимыми полномочиями регулировать и контролировать приватизированные субъекты и их деятельность. Поэтому в списке публичных органов, которые могут заключать концессионные договоры, необходимости нет.

Правила, регулирующие отбор концессионера

6. В проекте типовых законодательных положений предлагается проводить отбор концессионера на основе

транспарентных и эффективных процедур. Это предложение представляется вполне приемлемым и может быть рассмотрено с учетом осуществляемой в стране политики и существующей практики. Малайзия отмечает, что в ряде стран власти поощряют ограничение числа возможных предложений, с тем чтобы обеспечить эффективный конкурсный отбор (например, три-четыре предложения). Кроме того, в некоторых странах практикуется система рейтинга перспективных участников процедур, позволяющая обеспечить качество. Подобная практика содействует повышению транспарентности и эффективности.

Обстоятельства, допускающие предоставление концессионного договора без проведения конкурентных процедур

7. В тех случаях, когда проект затрагивает национальную оборону или национальные интересы, а требуемая услуга может быть получена только из одного источника, в типовых положениях рекомендуется получать разрешение от вышестоящей инстанции. Малайзия считает, что эта рекомендация полезна в практическом плане и ее следует должным образом учитывать.

8. Малайзия также считает, что, когда такой договор предлагается иностранному участнику процедур, следует применять специальное положение о сохранении тайны и конфиденциальности. В определенной степени следует предусмотреть некоторую гибкость в отношении изменения обстоятельств, включая расширение услуг для удовлетворения дополнительных потребностей.

Процедуры переговоров по концессионному договору

9. В проекте типовых законодательных положений предлагается уведомлять о намерении начать переговоры по концессионному договору, выявить возможно более широкий круг лиц, способных осуществить проект, и установить критерии оценки. Это предложение может быть реализовано только в случае создания независимого комитета для эффективного контроля за соблюдением всех этих критериев. Комитет получал бы предложения и подробно рассматривал вопросы, связанные с разработкой критериев и оценкой предложений.

10. По мнению Малайзии, хотя эти рекомендации и заслуживают одобрения, на практике они могут замедлить процесс переговоров. Кодификация переговорных процедур придала бы всему процессу жесткость и громоздкость, что отнюдь не будет способствовать созданию благоприятных условий для бизнеса.

Содержание концессионного договора

11. В проекте типовых законодательных положений излагаются рекомендации, касающиеся содержания концессионного договора, в частности рекомендации в отношении характера и объема работы, степени исключительности прав концессионера, обязательств концессионера, имеющихся средств правовой защиты и прекращения договора.

12. Малайзия считает все эти рекомендации полезными, и она уже осуществила их на практике.

13. Тем не менее в типовом положении 40 предусматривается, что концессионеры имеют право ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в случае изменения экономических или финансовых условий или изменений в законодательстве. С точки зрения Малайзии, для государства-организатора это положение было бы обременительным. Концессионеры не должны получать компенсацию в случае изменения экономических или финансовых условий, поскольку такие условия относятся к коммерческим рискам, которые концессионеры должны брать на себя. Равным образом, концессионерам не должна выплачиваться компенсация в случае изменений в законодательстве, поскольку тем самым будет связываться инициатива правительства в процессе принятия решений.

14. Малайзия также отмечает, что в подпункте *a)* типового положения 44 о прекращении концессионного договора предусматривается возможность прекращения договора в случае, если можно разумно ожидать, что концессионер более не способен или не желает выполнять свои обязательства. Хотя проверка разумности является вполне объективной, она в значительной степени зависит от фактов и ее можно оспаривать. В качестве примера неспособности или нежелания стороны выполнять свои обязательства приводятся несостоятельность, серьезные нарушения обязательств или другие причины. Часто яблоком раздора является понятие "серьезности" нарушения обязательств, поэтому во избежание неясности предлагается определять и указывать в договоре, какие положения являются существенными в случае нарушения обязательств, в результате которого договор прекращается. Равным образом неясными и допускающими различные толкования являются слова "и иные причины".

15. Типовое положение 49 об урегулировании споров было бы более четким, если включить в него варианты урегулирования споров, с тем чтобы принимающее государство могло определить, какой вариант можно было бы включить в свое законодательство.

Являются ли типовые положения и Руководство *двумя связанными, но независимыми документами либо их следует объединить в один документ?*

16. Хотя *Руководство* и является полезным подспорьем для государств, желающих установить правовые рамки, благоприятные для частных инвестиций в публичную инфраструктуру, считается, что целесообразнее разработать более конкретное руководство в виде типовых законодательных положений или типового закона по конкретным вопросам. С этой целью и был подготовлен проект типовых положений. Кроме того, по мнению Малайзии, типовые положения удачно дополняются *Руководством*. Типовые положения не являются исчерпывающими, и их следует воспринимать лишь как основу. Возможно, именно это и имеется в виду, поскольку стороны получают гибкость и бóльшую возможность для маневрирования. Малайзия считает, что типовые положения и *Руководство* следует читать как один текст.

17. В случае объединения обоих документов сводный текст будет более полным и всеобъемлющим. Однако этот вопрос является второстепенным, поскольку все еще не решен основной вопрос: следует ли включать эти положения в законодательство, поскольку прозрачность, справедливость и подотчетность можно обеспечить и с помощью руководства или справочника.

Турция

Турция придерживается мнения, что для оптимального использования проекта типовых законодательных положе-

ний ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, государствам, желающим воспользоваться ими, следует должным образом истолковывать букву и дух этих положений с учетом рекомендаций по законодательным вопросам, содержащимся в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*. Кроме того, Турция полагает, что проект типовых положений и рекомендации по законодательным вопросам следует объединить в один общий текст, в котором будут содержаться все типовые законодательные положения и рекомендации по тем законодательным вопросам, по которым нет проектов типовых положений, с тем чтобы составить полную подборку необходимых текстов и облегчить пользование ими.

B. Межправительственные организации

Азиатский банк развития

1. Проект типовых положений представляет собой итог работы, проделанной ЮНСИТРАЛ в этой области в связи с подготовкой *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, который был опубликован в 2001 году. Хотя по проекту типовых положений проведена значительная работа большой группой экспертов ЮНСИТРАЛ, проекты типовых положений представляются для комментариев впервые. В сопроводительном письме Секретариата содержится просьба представить "конкретные замечания… по отдельным положениям, с тем чтобы можно было подготовить аналитический комментарий, который затем будет представлен на рассмотрение Комиссии". Для подготовки своих замечаний по такому важному законодательному документу требуется значительно больше времени, поэтому Азиатский банк развития не может представить исчерпывающий обзор и ограничится лишь следующими замечаниями.

Концессионные договоры

2. Как следует из введения к проекту типовых положений, Рабочая группа ЮНСИТРАЛ приступила к работе по конкретному этапу проектов в области инфраструктуры, а именно по выбору концессионера. Однако она распространила свой мандат и на другие важные области, в частности на сооружение и эксплуатацию, прекращение договоров и урегулирование споров.

Замечания по конкретным положениям

Типовое положение 18. Обстоятельства, допускающие выдачу подряда без проведения конкурентных процедур

Подпункт a)

3. Это положение весьма желательно для содействия незамедлительному созданию столь нужной инфраструктуры, необходимость которой длительное время игнорировалась. Например, стране, которая в течение многих лет игнорировала необходимость производства электроэнергии, может понадобиться быстро построить большое число малых электростанций, с тем чтобы в максимальной степени удовлетворить спрос, использовав для этого описанную здесь сокращенную процедуру, а для строительства более крупных электростанций необходим конкурс, описанный ранее в проекте типовых положений.

Незапрошенные предложения

4. Эти положения в целом содержат руководящие принципы, столь необходимые для законодательных органов, которые хотят разработать основополагающие нормы в этой спорной области.

Типовое положение 23. Незапрошенные предложения, которые связаны с интеллектуальной собственностью, коммерческой тайной или другими исключительными правами

5. В этом положении предусматривается, что организация-заказчик может опубликовать описание основных элементов незапрошенного предложения, с тем чтобы получить другие предложения по проекту. В пункте 4 указывается, что, если представляется большое число предложений, организация-заказчик просит в этом случае применять к ним полную процедуру проведения конкурентных торгов в соответствии с проектом типовых положений 10–17.

6. Предлагающая проект сторона вряд ли согласится принять участие в такой процедуре и не пойдет на расходы, предусмотренные в пункте 2 проекта типового положения 21, если этот проект будет предоставлен не ей, а другим только по той причине, что она провела большую работу по подготовке технико-экономического обоснования. Это будет противоречить доводу, чаще всего приводимому в обоснование процедуры принятия незапрошенных предложений, а именно о необходимости оперативного осуществления определенных видов проектов (например, малых проектов по очистке воды и сточных вод). Азиатский банк развития рекомендует Рабочей группе, что рассматриваться могут только незапрошенные предложения ниже определенного уровня, устанавливаемого исходя из общих расходов по проекту. Сумма таких расходов могла бы периодически определяться организацией-заказчиком или другим учреждением. В этом случае для проверки достоинства данного предложения организация-заказчик может воспользоваться сокращенной процедурой сопоставления расходов и стоимости, а затем проводить публичные слушания в соответствии с законом.

Типовое положение 45. Прекращение концессионного договора концессионером

7. В последнее время ряд концессионеров отказались от участия в проектах в связи с переживаемыми ими трудностями или изменением деловой ориентации. Типовое положение 45 запрещает концессионеру прекращать в таких случаях договор, и такое запрещение является вполне оправданным. В некоторых случаях организации-заказчики остаются без альтернативного концессионера и, несмотря на разумное планирование, оказываются в крайне сложном положении, поскольку по проекту они должны создать необходимую инфраструктуру. Азиатский банк развития рекомендует Рабочей группе рассмотреть дополнительный подпункт *d)* следующего содержания:

> "*d)* В концессионном договоре указываются убытки, подлежащие выплате организации-заказчику концессионером в случае прекращения им концессионного договора по другим причинам, включая финансовые трудности самого концессионера, изменение деловой

ориентации или экономически невыгодный характер проекта, но не ограничиваясь этим".

8. Просьба исправить опечатку в сноске 14 (к тексту на русском языке не относится).

Европейский банк реконструкции и развития

1. Европейский банк реконструкции и развития хотел бы поздравить Рабочую группу с разработкой типовых законодательных положений, в которых конструктивным образом затрагиваются многие вопросы, имеющие основополагающее значение для финансирования концессионных проектов в области инфраструктуры. Банку особенно приятно отметить четкость и транспарентность процедуры отбора концессионеров. Кроме того, поощряя проявление гибкости в том, что касается условий концессионных соглашений, Банк с удовлетворением отмечает, что, определяя содержание концессионного соглашения, Рабочая группа применяет подход, который не носит чрезмерно директивного характера и который позволяет, в случае согласия сторон, применять право и арбитраж других государств.

2. Далее Европейский банк реконструкции и развития с удовлетворением отмечает, что Рабочая группа включила раздел, касающийся обеспечительных интересов кредиторов и механизма замены концессионера в случае согласия организации-заказчика.

3. Однако в этой связи в проекте типовых законодательных положений следовало бы уточнить следующие три группы вопросов.

4. Во-первых, как отмечается выше, в типовом положении 42 предусматривается, что организация-заказчик может согласовать с кредиторами концессионера процедуру замены концессионера новым субъектом в случае нарушения договора со стороны концессионера. Из этой формулировки не совсем ясно, можно ли согласовать это заранее, например напрямую в виде соглашения. Кроме того, из типовых законодательных положений не совсем ясно, может ли организация-заказчик заключать более общее соглашение непосредственно с кредиторами, с тем чтобы, например, договориться об обеспечительных интересах, либо предусмотреть другие положения, важные для обеспечения финансирования такого концессионного проекта.

5. Во-вторых и в связи с вышесказанным, следует отметить, что типовое положение 36 в целом позволяет считать, что уступка или залог концессионного соглашения недопустимы без согласия организации-заказчика. Хотя многие сомнения кредиторов в отношении обеспечительных интересов концессионного соглашения можно должным образом разрешить с помощью предлагаемых выше прав замены, у концессионера в соответствии с концессионным соглашением могут быть права, в отношении которых кредиторы будут требовать предоставления первоклассных обеспечительных интересов, например прекращения платежей, если таковые производятся. Кроме того, в целом это способствует финансированию, поскольку кредиторы могут заявить, что у них имеются обеспечительные интересы в основных активах в области финансирования концессионного проекта (на основании концессионного соглашения), даже если такое обеспечение в соответствии с концессионным соглашением увязывается с правами организации-заказчика. Поэтому предлагается разрешать концессионерам уступать свои права в концессионном соглашении в виде обеспечительных интересов в ссудах, предоставленных кредитно-финансовыми учреждениями, и разрешать прекращать концессионные соглашения только в том случае, если в силу такой уступки заменяющий субъект не будет соответствовать критериям, согласованным с организацией-заказчиком.

6. В-третьих, следует отметить, что акционеры компании-концессионера имеют право, в соответствии с типовым положением 35, на обеспечение своих интересов в акциях компании-концессионера. Однако не совсем ясно, как разрешение на такое обеспечение соответствует типовому положению 37, которое запрещает передачу контрольного пакета акций.

7. И наконец, следует с удовлетворением отметить, что канцелярия генерального юрисконсульта Европейского банка реконструкции и развития официально считает, что *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* является эталоном лучших международных стандартов, что будет отражено в оценке концессионного права 27 стран, в которых Банк осуществляет свою деятельность, а также на соответствующей странице по концессионным договорам веб-сайта Банка.

Международная финансовая корпорация

1. Предлагаемый проект дополнения к *Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* является, с точки зрения государств – членов Международной финансовой корпорации, важным документом, и Корпорация рада представившейся возможности высказать в этой связи свои замечания. Из-за ограниченности времени были рассмотрены только рекомендации по законодательным вопросам, и Корпорация, исходя из своего опыта, может сделать следующие замечания.

Вступление

Другие законы, имеющие отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и правовым системам

2. В последнем абзаце следует также упомянуть законодательство в области налогообложения, банковского дела, обмена иностранной валюты, а также законы и положения о банкротстве, которые никак не затрагиваются в *Руководстве*, но сказываются на осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Прилагаемый комментарий должен способствовать тому, чтобы правительства через свои регулирующие учреждения обеспечивали осуществление практических и четко сформулированных правил и процедур, призванных обеспечить исполнение законов. Например, система обмена и репатриации иностранной валюты должна быть простой и оперативной. В последнем абзаце Руководства следует также указать, что существенное значение имеют опыт, транспарентность и предсказуемость судебных систем. И наконец, этот абзац должен поощрять правительства к тому, чтобы устранять несоответствия в случае коллизии с другими законами и предписаниями. Например, заменяет ли концессионное право той или иной страны ее законы о налогообложении или законы, регулирующие предоставление правительственных контрактов?

Конкретные положения

Иностранные участники процедур

3. В типовом положении 7 *Руководства* предусматривается, что возможны случаи, когда предпочтение оказывается национальным участникам процедур, и что это вполне приемлемо, если прямо оговорено в запросах предложений. Международная финансовая корпорация поддерживает прилагаемый комментарий, в котором излагаются вопросы, касающиеся такого рода преференций, и поиска альтернатив участию в конкурсе иностранных фирм.

Одобрение в парламенте

4. Хотя в *Руководстве* не затрагиваются вопросы, связанные с одобрением в парламенте, возможно, в положениях, касающихся полномочий организации-заказчика, следует предусмотреть (в идеале ограниченный) круг вопросов, которые должны получать одобрение в парламенте.

Применимое право и разрешение споров/иммунитеты/язык

5. В типовом положении 29 предусматривается, что концессионный договор регулируется законодательством принимающего государства, если в концессионном договоре не предусмотрено иное. Хотя это и позволяет более гибко применять иностранное законодательство, во многих странах законом запрещается или ограничивается применение иностранного законодательства, либо в законе приводятся доводы против применения на практике права другого государства. Это может сказаться на мобилизации средств иностранных инвесторов и кредиторов, особенно с учетом комментариев по вопросам урегулирования споров, о чем говорится в следующем предложении. Комментарий должен содействовать тому, чтобы правительства обеспечили допустимость, с точки зрения национальных законов, применения в качестве регулирующего права законодательства иного государства, даже в договорах с участием правительственных субъектов.

6. В типовом положении 49 говорится о том, что стороны могут предусмотреть в концессионном договоре механизмы урегулирования споров. Это, очевидно, означает, что они могут оговаривать международные арбитражные правила, либо возможность обращения в суды других государств. Однако многие страны не имеют договоров с другими странами о приведении в исполнение судебных решений, принимаемых в других государствах, и не являются сторонами Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Комментарий должен всячески содействовать тому, чтобы правительства соглашались на международный арбитраж и на принятие соответствующих договоров или на участие в них.

7. Кроме того, важно обеспечить наличие законов, позволяющих правительствам отказываться от своих иммунитетов в связи с процедурами разрешения споров и соответствующими судебными решениями или постановлениями. Законодательство ряда стран запрещает или ограничивает такой отказ от иммунитета. Это можно было бы отразить в комментарии.

8. В *Руководстве* следует прямо предусмотреть, что концессионный договор может быть составлен на английском языке.

Собственность и уступки активов и обеспечения

9. В типовых положениях 31 и 35 затрагиваются вопросы собственности на активы и возможность обеспечения интересов в таких активах и указывается, что обеспечение не может быть создано в публичной собственности в тех случаях, когда создание такого обеспечения запрещается законом. Правительствам следует проверить, насколько такие запрещения обоснованы, пересмотреть запрещения общего характера, а также попытаться сузить диапазон таких запрещений либо предоставить организации-заказчику возможность более гибко обходить их.

Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве и изменениями в экономических условиях

10. Типовые положения 39 и 40 предусматривают, что концессионер может иметь право на компенсацию, в случае если затраты на исполнение договора "существенно возросли" либо стоимость, которую концессионер получает, "существенно сократилась" в результате изменения законодательства или более общей экономической ситуации. Эта формулировка является общей и неясной и в будущем может приводить к спорам.

Временный переход проекта

11. Типовое положение 41 предусматривает, что могут возникнуть обстоятельства, в которых организация-заказчик может временно взять на себя функции по эксплуатации проекта. Известно, что иногда в концессионных договорах используются положения, разрешающие на постоянной основе переводить активы в распоряжение организации-заказчика (обычно государственной), которая, таким образом, становится концессионером в отношении финансовых документов. Для таких учреждений, как корпорации, подобные положения носят проблематичный характер. В идеальном случае рекомендации должны поощрять лишь временный перевод активов и способствовать тому, чтобы организация-заказчик могла гибко настаивать на своем праве брать на себя осуществление финансовых соглашений, возможно, с согласия кредиторов.

Уравновешивающая клаузула

12. В типовом положении 45 указывается, что концессионер не может прекратить концессионный договор, кроме как в ограниченном числе случаев, но ничего не говорится о возможности прекращения концессионером договора в определенных обстоятельствах. Это положение является крайне ограничительным по своему характеру и противоречит духу, в котором концессионер приступает к участию в проекте. В любом случае в концессионном договоре следует также предусмотреть возможность его прекращения концессионером в случае наступления серьезных форс-мажорных обстоятельств, по крайней мере форс-мажорных обстоятельств для правительства, а также изменений в законодательстве, в результате которых договор становится недействительным.

Общие замечания

Только концессионные договоры

13. В *Руководстве* целесообразно было бы предусмотреть процедуры, не относящиеся к договорам в области инфраструктуры, осуществляемым на условиях концессии. Например, многие положения и принципы применимы к вопросам заключения договоров с частными компа-

ниями об осуществлении проектов независимого производства электроэнергии, но не на условиях концессии.

Участники переговоров

14. Очевидно, не менее важным, чем рассмотрение рекомендованных законодательных положений, является для государств-членов рассмотрение практических препятствий в области бизнеса, существующих в их странах. Например, хотя при этом и затрагиваются полномочия организаций-заказчиков, страны следует настоятельно призвать к тому, чтобы положения концессионных договоров обсуждались и согласовывались должным образом уполномоченными работниками соответствующих министерств. Часто бывает так, что сами министры настаивают на своем участии в переговорах и в принятии решений, что может значительно задержать осуществление проектов. Это обязательство также важно учитывать, хотя оно и не относится к числу тех, которые per se включаются в закон или предписания.

Юридические услуги по вопросам международных сделок

15. Правительствам настоятельно рекомендуется пользоваться услугами опытных юристов по международным сделкам, с тем чтобы они представляли их интересы в подобных сделках. Для финансирования таких услуг многосторонними учреждениями могут предоставляться средства в виде технической помощи.

A/CN.9/533/Add.2

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	171
	A. ГОСУДАРСТВА	171
	1. Испания	171

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

1. Испания

[Подлинный текст на испанском языке]

1. Генеральный секретарь предложил правительству Испании представить любые замечания, которые оно сочтет необходимым высказать в отношении типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. В этой связи делегация Испании высказала следующие замечания:

a) Типовое положение 18. В пункте *d)* отсутствуют слова "коммерческие тайны", хотя в тексте на английском языке присутствует равнозначная формулировка. Кроме того, формулировка "u otro derecho exclusivo" должна быть выражена во множественном числе по аналогии с формулировкой в тексте на английском языке (к тексту на русском языке не относится);

b) Типовое положение 36. В заголовке этого положения содержится слово "traspaso", которое делегация Колумбии 13 сентября 2002 года предложила заменить словом "cesión", если это не вызовет никаких возражений (к тексту на русском языке не относится);

c) Типовое положение 42. Слово "inicial" следует исключить, поскольку в тексте на английском языке равнозначная формулировка отсутствует (к тексту на русском языке не относится);

d) Раздел 2 главы IV типовых положений. Существующую формулировку названия пункта 2 "Rescisión del proyecto de acuerdo" следует заменить формулировкой "Rescisión del contrato de concesión" (к тексту на русском языке не относится).

2. Генеральный секретарь предложил также правительству Испании высказать свое мнение о возможных вариантах координации и представления рекомендаций и текста типовых законодательных положений.

3. Согласно пункту 2 документа A/CN.9/522/Add.1, Комиссии предлагается три варианта. Делегация Испании выступает за первый из указанных в этом документе вариантов, который заключается в сохранении двух самостоятельных, но вместе с тем связанных между собой текстов. По мнению этой делегации, связь между текстами можно было бы обеспечить путем включения преамбулы или предисловия с разъяснением соответствующей законодательной процедуры и связи между типовыми положениями и рекомендациями. Кроме того, такую связь можно также обеспечить путем сохранения ссылок на рекомендации и на соответствующие пункты *Руководства*, заключенные в квадратные скобки в каждом из типовых положений, или путем включения сопоставительной таблицы типовых законодательных положений и рекомендаций по законодательным вопросам, которая содержится в документе A/CN.9/522/Add.2.

4. По мнению делегации Испании, ответ на поставленный вопрос будет иным, если будет принято решение о том, чтобы преобразовать типовые положения в типовой закон. В таком случае, по мнению этой делегации, предпочтительными являются второй и третий варианты, изложенные в пункте 2 документа A/CN.9/522/Add.1. Делегация Испании считает, что, если будет принят второй вариант, который заключается в полной замене рекомендаций по законодательным вопросам типовыми законодательными положениями, содержание и терминологию *Руководства для законодательных органов* необходимо привести в соответствие с Типовым законом.

A/CN.9/533/Add.3

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
I.	ВВЕДЕНИЕ	172
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	172
	Международные организации	172
	Европейский союз юристов	172

I. ВВЕДЕНИЕ

В настоящей записке воспроизводятся замечания по проекту добавления к *Руководству Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*[1], полученные после опубликования замечания в документах A/CN.9/533 и Add.1 и 2.

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

Международные организации

Европейский союз юристов

[Подлинный текст на английском языке]

На пятой сессии Рабочей группы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, было предложено изменить рассматривавшийся тогда проект типового положения 41 (в настоящее время 42), с тем чтобы предусмотреть участие концессионера в соглашении, определяющем условия замены концессионера (см. A/CN.9/521, пункт 202).

Рабочая группа не согласилась с этим предложением, посчитав, что оно расходится с концепцией *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.*

Однако при этом было подчеркнуто, что предложение об участии концессионера в соглашении об условиях его замены, заключаемом либо в рамках трехстороннего соглашения между организацией-заказчиком, кредиторами и концессионером, либо в рамках двух соглашений (одного – между организацией-заказчиком и концессионером и второго – между организацией-заказчиком и кредиторами), не является отходом от концепции, изложенной в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов*, в пункте 148 главы IV которого предусматривается, что "положения, которые позволяют кредиторам… выбрать нового концессионера… были включены в ряд недавних соглашений, касающихся крупных проектов в области инфраструктуры. Такие положения, как правило, дополняются прямым соглашением между организацией-заказчиком и кредиторами…".

Таким образом, включенные в соглашение о концессии/проекте подобные предусматривающие замену положения согласовываются с концессионерами. Именно в этом и заключается смысл предложения Европейского союза юристов. Действительно, было бы ошибкой предлагать государствам-членам и национальным публичным органам типовое законодательное положение, предусматривающее создание механизма замены исключительно на основе соглашения между организацией-заказчиком и кредиторами, хотя из примечаний и рекомендаций это не вытекает.

Поэтому необходимо проводить различие, с одной стороны, между достижением согласия в отношении принципа, обусловливающего право на замену, и, с другой стороны, намерением создать механизм замены. Очевидно, предложение Европейского союза юристов будет более понятным, если подробнее рассказать об одном из крупных проектов в области инфраструктуры, упомянутых в примечаниях, в рамках которого, насколько нам известно, был впервые применен механизм замены в интересах кредиторов. Речь идет о проекте строительства и эксплуатации туннеля под Ла-Маншем между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Францией, о чем 14 марта 1986 года было заключено концессионное соглашение. Сторонами этого соглашения стали оба этих государства и организация "Евротуннель", товарищество французской компании France Manche S.A. и английской компании Channel Tunnel Group Ltd.

Принцип замены

В соответствии со статьей 32 этого концессионного соглашения (участниками которого кредиторы не являются) в случае наступления определенных событий первоначальных концессионеров меняют, по усмотрению кредиторов, на новых. Затем правительства в течение двух месяцев должны подтвердить финансовые и технические возможности кандидатов, необходимые для завершения проекта, а в конце этого периода предположительно одобрить эти кандидатуры.

[1] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

Ниже будет объяснено, что принятие такого механизма полностью определялось обстоятельствами, т. е. вытекало из конкретных особенностей данного проекта, предусматривавшего строительство туннеля между территориями двух независимых государств. Соответственно, на проект распространялось действие двух различных правовых систем, поэтому необходимо было разработать пакет обеспечительных интересов, без которого невозможно было бы наладить финансирование, с тем чтобы устранить, насколько это возможно, различия между обеими системами.

В правовой системе Франции, в которой давно существует и обычно используется свод положений административного права, регулирующий, в частности, тип договора, выбранный для проекта "Туннель под Ла-Маншем" и известный как концессия публичных услуг, концессионер не может создавать обеспечительные интересы в концессионном соглашении (в том числе на землю и основной капитал), а в соответствии с английским законодательством концессионное соглашение и вытекающие из него права могут быть предметом формального обеспечения. В частности, залоговое право на ликвидные активы в обеспечение ссуды, в соответствии с которым все настоящие и будущие активы могут использоваться в обеспечительных целях, а также возможность назначения получателя позволяют, в случае невыполнения обязательств, осуществлять управление проектом и завершить его осуществление.

Поскольку соблюдение обеспечительных интересов лишь в отношении половины инфраструктуры (той ее части, которая подпадает под английское право) представляется явно недостаточным, необходимо было разработать систему, в соответствии с которой кредиторам могли быть переданы материальные выгоды от концессионного соглашения, а также земля, основной капитал, движимое имущество, права на интеллектуальную собственность и т. д., с тем чтобы обеспечить завершение и эксплуатацию проекта. Найденное решение заключалось в создании такого механизма на договорной основе.

В этой связи в концессионное соглашение было включено положение о такого рода передаче в случае наступления определенных обстоятельств. Концессионер был согласен на применение этого механизма в определенных обстоятельствах, однако это соглашение необходимо было отразить в законодательстве Франции, так как оно противоречило существующему закону о банкротстве и, вполне естественно, договор не мог заменить закон, и в законодательстве Англии, так как необходимо было наделить организацию-заказчика полномочиями производить такую замену.

Механизм осуществления замены

И вновь ситуация неодинакова для английского и французского законодательства. В Англии замена производится на основании соглашения между правительством и кредиторами, а не на основании соглашения между концессионерами и кредиторами, а также в соответствии с полномочиями, специально предоставленными в этой связи организации-заказчику. Кредиторы не являются участниками концессионного соглашения и поэтому не вправе, в соответствии с английским законодательством, требовать выполнения какого-либо положения этого соглашения, как, например, положения, предоставляющего им право требовать замены. Право кредиторов вытекает из соглашения, заключаемого непосредственно с правительствами, которое позволяет им требовать замены непосредственно у правительств, в обход концессионеров.

Во Франции замена осуществляется законодательным путем, а не по соглашению. Она сродни осуществлению государством права, не предусмотренного в частных договорах, а именно прерогатив государственной организации-заказчика. Поэтому важно, чтобы между кредиторами и концессионерами не заключалось соглашение, касающееся осуществления права на замену, с тем чтобы сохранить замену в качестве механизма публичного права, поскольку в случае заключения такого соглашения были бы подорваны основы правового анализа, позволяющего утверждать юридическую правомерность такой замены, несмотря на невыполнение обязательств концессионером. Кроме того, такое соглашение могло бы привести к тяжелым последствиям в области налогообложения в связи с передачей активов кредиторам.

Заключение

Механизм замены, созданный в рамках проекта "Туннель под Ла-Маншем", в значительной степени был мерой вынужденной, особенно в связи с необходимостью как-то обойти строгое французское законодательство в области обеспечительных интересов. Если бы проект осуществлялся только в Великобритании, юридической необходимости в таком механизме не было бы, хотя (в этом случае) он был бы более гибким, чем существующее английское законодательство. Поэтому за последние десять лет в Соединенном Королевстве механизм замены обычно использовался в проектах, финансировавшихся из частных источников и на основе партнерских отношений между частным и государственным секторами. В руководстве по стандартным договорам по проектам, финансируемым из частных источников, механизм замены применяется в соответствии с трехсторонним соглашением между организацией-заказчиком, кредиторами и концессионером или компанией по реализации проекта.

Было бы ошибкой считать, что право на замену может быть создано без соглашения с компанией по реализации проекта. Если осуществление такого права передается на усмотрение кредиторов в соответствии с прямым соглашением с организацией-заказчиком, то создание этого права должно быть согласовано с концессионером.

Предполагать обратное (а существующий проект текста типового положения 42 предусматривает, что этот вопрос может быть согласован только между организацией-заказчиком и кредиторами, а это означает, что какой-либо участник договора может лишиться своих прав без его согласия) – значит подрывать основополагающий принцип договорного права, существующего в большинстве юрисдикций, что, в свою очередь, чревато далеко идущими последствиями для законодательства этих юрисдикций.

И наконец, что еще важнее, будет лишена всякого смысла цель, которую ставит перед собой Комиссия, а именно содействовать частным инвестициям в публичную инфраструктуру, поскольку инвесторы будут отказываться от финансирования проектов, если их могут лишить прав без их согласия.

A/CN.9/533/Add.4

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	174
	A. Государства	174
	1. Мексика	174

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

1. Мексика

[Подлинный текст на испанском языке]

Общие комментарии

1. Что касается типовых законодательных положений и рекомендаций по законодательным вопросам, содержащихся *в Руководстве для законодательных органов*, то мы хотели бы прокомментировать следующие предложения: *a)* сохранить ли параллельные тексты типовых законодательных положений и рекомендаций по законодательным вопросам; *b)* заменить ли рекомендации по законодательным вопросам целиком и полностью на типовые законодательные положения; или *c)* заменить только те рекомендации по законодательным вопросам, в отношении которых Комиссия приняла типовые законодательные положения.

2. Мы считаем, что первый вариант создаст путаницу и ненужные повторы; во втором случае будут исключены рекомендации по законодательным вопросам, в отношении которых не было сформулировано типовых положений. В связи с этим третий вариант представляется наиболее приемлемым.

3. Не следует забывать, что успех документа, подготавливаемого ЮНСИТРАЛ, в значительной мере зависит от его "пользователей". *Руководство для законодательных органов*, принятое в 2002 году, выиграет от типовых законодательных положений, применять которые гораздо проще, чем рекомендации по законодательным вопросам, которые содержались в первоначальном тексте *Руководства для законодательных органов*.

Конкретные комментарии

4. В типовом законодательном положении 13 уместно было бы уточнить, что нет никакой необходимости в том, чтобы организация-заказчик сообщала участникам процедур о других участниках. (Это также не уточняется и в типовом положении 24.) В тех случаях, когда информация о других участниках известна, легче готовить техническое и коммерческое предложение. Не уточняется также, обязательно ли согласуются уточнения и изменения или они должны быть составлены в письменной форме с указанием лица, сформулировавшего вопрос. Не существует также положения о том, должны ли участники процедур воздерживаться от контактов с организацией-заказчиком в устной или письменной форме в ходе процесса оценки предложений.

5. В типовом законодательном положении 16 речь идет о том, что "организация-заказчик может потребовать от любого участника процедур, прошедшего предварительный отбор, вновь подтвердить его квалификационные данные…". Мы считаем необходимым уточнить, применяется ли это положение также в случае консорциума, или же достаточно того, чтобы какой-либо член консорциума удовлетворял квалификационным требованиям.

6. Что касается типового положения 17, то, когда было внесено "уточнение" в договорное положение, оно должно было быть изменено; это следует отразить в окончательном тексте договора без необходимости использования "формата", который организация-заказчик обычно использует для других сделок. В некоторых случаях организация-заказчик может приводить доводы в пользу того, что "разрешенный формат" не позволяет ей учесть это уточнение в ходе процедуры отбора; однако оно должно быть отражено в каком-либо другом месте, для того чтобы оно стало обязательным для обеих сторон.

7. В пункте 2 типового положения 17 речь идет о риске, в соответствии с которым любое условие, "выдвинутое" организацией-заказчиком, могло бы привести к прекращению переговоров, что позволит организации-заказчику вести "недобросовестные" переговоры. Например, соглашение станет невозможным в отношении условия, которое концессионер считает "основополагающим", но которое не представляет большой важности для организации-заказчика. С этой точки зрения возникает вопрос: что произойдет, если организация-заказчик не получит требуемых полномочий в срок, что приведет к задержке начала работ; и кто в этом случае должен будет взять на себя финансовые расходы.

A/CN.9/533/Add.5

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

Стр.

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ 175

A. Государства 175

1. Беларусь 175

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

1. Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

1. По результатам рассмотрения *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*, заинтересованными государственными органами высказаны следующие предложения.

2. Особенности осуществления инвестиционной деятельности в Республике Беларусь на основе концессий регулируются Инвестиционным кодексом Республики Беларусь (далее – Кодекс). Статья 49 Кодекса устанавливает, что инвестиционная деятельность в отношении недр, вод, лесов, земель и объектов, находящихся только в собственности государства, либо деятельность, на осуществление которой распространяется исключительное право государства, может осуществляться на основе концессий.

3. В законодательстве Республики Беларусь под концессией согласно статье 50 Кодекса понимается договор, заключаемый Республикой Беларусь с инвестором о передаче на возмездной основе на определенный срок права на осуществление на территории Республики Беларусь отдельного вида деятельности, на которую распространяется исключительное право государства, либо права пользования имуществом, находящимся в собственности Республики Беларусь.

4. Предлагаемые рекомендации ЮНСИТРАЛ в значительной степени находят свое отражение в содержании действующего законодательства Республики Беларусь.

5. Так, рекомендация 2 отражена в статье 52 Кодекса, которая определяет стороны концессионного договора в лице правительства Республики Беларусь или уполномоченного им республиканского органа государственного управления Республики Беларусь (концессионный орган).

6. Рекомендации 4 и 5 отражены в статье 51 данного Кодекса. Рекомендациям 10 и 11 отвечает действующее хозяйственное процессуальное законодательство, согласно которому хозяйственные суды Республики разрешают споры экономического характера, в том числе с участием иностранных лиц. При этом иностранным лицам предоставляются равные с национальными права и обязанности.

7. Рекомендации 13 отвечают положения статей 14 и 15 Инвестиционного кодекса, которыми определена государственная поддержка инвестиционной деятельности в виде предоставления льгот по налоговым и таможенным платежам, гарантий правительства, централизованных инвестиционных ресурсов и дополнительных гарантий инвесторам.

8. Содержанию части второй проекта типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (типовое положение 3 "Полномочия заключать концессионные договоры"), соответствует пункт 2 статьи 52 Кодекса.

9. Типовое положение 4 "Секторы инфраструктуры, в которых могут быть выданы концессии" соответствует статье 53 Кодекса.

10. По разделу II "Выбор концессионера" типовое положение 5 "Правила, регулирующие процедуры отбора" и по части 1 "Предварительный отбор участников процедур" типовое положение 6 "Цель и процедуры предварительного отбора" соответствуют содержанию главы 12 данного нормативно-правового акта.

11. Типовое положение 7 "Критерии предварительного отбора" включено в содержание статьи 63 Кодекса "Заявка на участие в конкурсе или аукционе". Типовое положение 8 "Участие консорциумов" соответствует части 3 этой же статьи.

12. Типовое положение 9 "Решение о предварительном отбора" и часть 2 "Процедура запроса предложений" не урегулированы в достаточной степени в действующем законодательстве Республики Беларусь.

13. Заключение концессионных договоров без проведения конкурентных процедур, согласно части 4 статьи 59 Инвестиционного кодекса, возможно лишь в двух случаях: если поступила единственная заявка и по решению президента Республики Беларусь, когда в целях государственной безопасности или интересов обороны требуется заключение концессионного договора путем прямых переговоров с определенным инвестором. Поэтому типовое положение 18 не соответствует законодательству Республики Беларусь.

14. Регулирование "незапрошенных предложений" в законодательстве Республики Беларусь отсутствует и нецелесообразно, поскольку заключение концессионного договора возможно только на основе конкурса или аукциона, за исключением случаев, предусмотренных частью 4 статьи 59 Кодекса.

15. Типовому положению 24 "Конфиденциальность переговоров" соответствует часть 5 статьи 63 Кодекса, которая устанавливает, что сведения, полученные об участниках конкурса или аукциона, являются коммерческой тайной.

16. Типовое положение 25 "Уведомление о принятии решения заключить договор" соответствует части 2 статьи 64 Кодекса. Типовое положение 27 "Процедуры обжалования" согласуется со статьей 65.

17. В отношении типового положения 28 "Содержание концессионного договора" сообщаем, что статьи 67–70 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь содержат условия, включаемые в концессионный договор, которые не в полной мере совпадают с содержанием типовых положений.

18. По нашему мнению, можно согласиться с содержанием типового положения 29 "Применимое право", которым устанавливается, что концессионный договор регулируется законодательством принимающего государства, если иное не предусмотрено в концессионном договоре. При этом следует иметь в виду, что согласно хозяйственному процессуальному законодательству споры о недвижимом имуществе, о нарушении прав собственника или иного законного владельца, не связанные с лишением владения, обладают исключительной подсудностью по месту нахождения имущества. В соответствии со статьей 130 Гражданского кодекса Республики Беларусь к недвижимому имуществу относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, в том числе леса, здания, сооружения.

19. Требования, содержащиеся в типовом положении 30, отсутствуют в законодательстве Республики Беларусь. Представляется, что данные рекомендации было бы целесообразно использовать при доработке нашего законодательства.

20. Содержание типового положения 31 "Собственность на активы" соответствует специальным условиям, подлежащим включению в концессионный договор. В специальных условиях находит отражение и типовое положение 34 "Финансовые механизмы".

21. Типовое положение 32 "Приобретение прав, связанных со строительной площадкой". Согласно статье 12 Кодекса Республики Беларусь о земле юридическим лицам Республики Беларусь, в том числе предприятиям с иностранными инвестициями, земельные участки могут передаваться в собственность при приватизации объектов государственной собственности. Земельные участки также могут передаваться в собственность юридическим лицам Республики Беларусь при осуществлении инвестиционных проектов. В таких случаях концессионный договор носит срочный характер, поэтому представляется, что при предоставлении в пользование земельного участка возможно оформление договоров аренды земель со сроками концессионного договора.

22. В отношении типового положения 33 Кодекс Республики Беларусь о земле в статье 3 устанавливает, что собственник земельного участка вправе требовать от собственника соседнего земельного участка, а в необходимых случаях – и от собственника другого земельного участка предоставления права ограниченного пользования соседним участком (сервитута). Сервитут устанавливается для обеспечения прохода, проезда через соседний, а в необходимых случаях – через другой земельный участок, прокладки и эксплуатации линий электропередачи, связи и трубопроводов, обеспечения водоснабжения и мелиорации, а также иных нужд. Собственник земельного участка, обремененного сервитутом, вправе, если иное не предусмотрено законодательством, требовать от лиц, в интересах которых установлен сервитут, соразмерную плату за пользование земельным участком.

23. Уступка концессионного договора, предусмотренная в типовых положениях 36 и 37, законодательством Республики Беларусь не предусматривается.

24. Содержание типового положения 39 "Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве" отражено в статье 76 Инвестиционного кодекса, которая закрепляет стабильность условий концессионных договоров в течение всего срока их действия.

25. В отношении раздела IV "Срок действия, продление и прекращение концессионного договора" сообщаем, что статья 72 Инвестиционного кодекса определяет, что концессионный договор может заключаться на срок до 99 лет. По истечении срока договора концессионер, добросовестно выполнивший основные условия этого договора, пользуется преимущественным правом на его перезаключение. При этом президентом Республики Беларусь или по его поручению правительством Республики Беларусь может быть принято, при наличии заявки концессионера, решение о продлении действия договора на тот же срок без проведения конкурса или аукциона. Письменная заявка для продления договора подается концессионером в концессионный орган не позднее чем за один год до истечения срока действия концессионного договора. Более подробно данные правоотношения законодательством Республики Беларусь не регулируются.

26. Представляется, что типовые положения в этой части могли бы быть использованы в целях совершенствования национального законодательства.

27. Раздел V "Урегулирование споров" не противоречит законодательству Республики Беларусь. В то же время в отношении содержания типового положения 50 о том, что организация-заказчик может потребовать от концессионера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, предъявленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, следует отметить, что законодательством Республики Беларусь не предусматриваются такие полномочия стороны по концессионному договору. Защита прав и законных интересов потребителя осуществляется в порядке, определенном законодательством Республики Беларусь.

A/CN.9/533/Add.6

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

Стр.

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ 177
A. Государства 177
1. Соединенные Штаты Америки 177

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

1. *Соединенные Штаты Америки*

[Подлинный текст на английском языке]

1. Ниже изложены замечания Комитета по проектному финансированию Ассоциации адвокатов города Нью-Йорка в отношении проекта добавления к *Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.* Этот доклад был одобрен Ассоциацией адвокатов города Нью-Йорка.

Вступительное замечание

2. Как было указано, назначение *Руководства для законодательных органов* "состоит в оказании содействия созданию правового режима, благоприятного для частных инвестиций в публичную инфраструктуру" (Введение, пункт 4). Мы намеренно выделили слово "благоприятного", чтобы подчеркнуть, что, как изначально предполагалось, *Руководство для законодательных органов* призвано рекомендовать, на взвешенной основе, правовой режим, который способствовал бы привлечению частного иностранного капитала в развивающиеся страны.

3. В целом в проекте добавления обеспечена желаемая сбалансированность, однако, по нашему мнению, в некоторых местах отдельных фрагментов текста налицо отход от цели донести до пользователя положительный заряд рекомендаций, направленных на привлечение частного иностранного капитала, и лишь содержится перечисление вариантов или мер, которые правительство принимающей страны может принять, а может и не принять, как бы подсказывая свободу выбора. В некоторых случаях, о которых говорится ниже, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов* рекомендации, которые, по нашему мнению, могут способствовать привлечению иностранного капитала, были смягчены, и при этом были добавлены некоторые другие положения, которые, по нашему мнению, не способствуют достижению этой цели.

4. Наши замечания, содержащиеся в части I настоящей записки, относятся к тем положениям проекта добавления к *Руководству для законодательных органов*, которые касаются "Сооружения и эксплуатации инфраструктуры", т. е. главы III проекта добавления. Именно в этом разделе содержатся основные положения *Руководства для законодательных органов*, касающиеся финансирования. Вместе с тем мы отмечаем, что в типовом положении 1 "Преамбула" привлечение частного иностранного капитала упоминается лишь в контексте содействия прозрачности, справедливости и устойчивости, а также устранения "неоправданных" ограничений на частные иностранные инвестиции. Мы считаем, что типовое положение 1 можно улучшить, если формулировку первого пункта привести в большее соответствие со вторым предложением "Предисловия" и пунктом 4 "Введения" к *Руководству для законодательных органов*, и, соответственно, рекомендуем расширить первый пункт, сформулировав его следующим образом:

> "[Правительство] [Парламент] _____, считая желательным установить благоприятные законодательные основы для частных инвестиций в публичную инфраструктуру; и
>
> [Правительство] [Парламент] _____, считая желательным поощрять и облегчать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в инвестировании, развитии и эксплуатации инфраструктуры;".

5. Замечания в части II настоящей записки относятся к положениям проекта добавления к *Руководству для законодательных органов*, которые касаются "Выбора концессионера", т. е. главы II проекта добавления.

6. В ответ на содержащийся в сопроводительной записке Секретариата вопрос мы сообщаем, что выступаем за сохранение текста добавления в качестве отдельного документа, поскольку опасаемся того, что в результате сочетания двух документов обзор в данной области станет менее широким и понятным для правительств принимающих стран и их консультантов, чем обзор, содержащийся в первоначальном *Руководстве для законодательных органов*. При объединении двух документов может быть утрачена значительная часть сути текста. В любом случае для подготовки предлагаемого объединенного документа потребуется некоторое время, а также должно быть предусмотрено достаточное время для анализа и замечаний.

Замечания по проекту типовых законодательных положений

Ссылки указывают на номера типовых положений, содержащихся в проекте добавления

Часть I

7. Типовое положение 28 "Содержание концессионного договора". В это положение было бы полезно включить ссылки на каждое из типовых положений, касающихся содержания концессионного договора. В противном случае может создаться впечатление, что некоторые важные типовые положения носят второстепенный характер.

8. В типовом положении 34 "Финансовые механизмы" опущены некоторые полезные фрагменты законодательных рекомендаций 47 и 48, которые, по нашему мнению, следует восстановить. Законодательные рекомендации 46, 47 и 48 требуют от концессионера полномочий на взимание тарифов или сборов с пользователей (46), от законодательства – механизмов для периодических и внеочередных пересмотров таких тарифов или сборов (47) и от организации-заказчика – полномочий осуществлять прямые платежи концессионеру взамен сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться конечными пользователями, или в дополнение к ним (48). Из этих трех рекомендаций сохранена лишь рекомендация 46. Вместе с тем рекомендации 47 и 48 являются весьма важными с коммерческой точки зрения, и их следует сохранить.

9. Относящаяся к этому типовому положению сноска 40 сводится к рассмотрению порядка решения некоторыми странами вопросов, касающихся контроля над тарифами. Однако в тексте сноски не содержится указания на то, что могло бы наилучшим образом содействовать привлечению частного иностранного капитала. Мы рекомендуем эту сноску исключить.

10. В типовом положении 35 "Обеспечительные интересы" наличие заявления о том, что ограничения могут соот-

ветственно включаться в соглашение по проекту (см. сноску 41), как представляется, выхолащивает важные аспекты положительным образом выраженных рекомендаций, содержащихся в законодательной рекомендации 49, в том числе по вопросу о том, должен или не должен концессионер обладать правом создавать обеспечительные интересы в проектных активах, которыми он владеет, акциях проектной компании и дебиторской задолженности, независимо от предусматривающих обратное любых норм права. Эту проблему можно решить путем исключения положения, начинающегося со слов "с учетом любых ограничений", и сноски 41.

11. Типовые положения 39 "Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве" и 40 "Пересмотр концессионного договора", по-видимому, смягчены по сравнению с законодательной рекомендацией 58, так как в типовом положении 39 обстоятельства, при которых концессионер имеет право на компенсацию в связи с изменениями в законодательстве, ограничены такими изменениями, которые непосредственно затрагивают объект инфраструктуры, и более не содержится ссылки на возможность изменения компенсации, причитающейся в связи с изменениями в экономических или финансовых условиях. В этой области мы выступаем за формулировку законодательной рекомендации 58, поскольку она предоставляет бóльшую степень свободы в переговорах между сторонами.

12. Типовое положение 42 "Замена концессионера" по сравнению с законодательной рекомендацией 50 является менее полезным, поскольку в этом проекте организация-заказчик "может", а не "должна" согласовать с финансирующими сторонами процедуры замены концессионера. Этот вопрос является важным для кредиторов по этим проектам. Мы выступаем за восстановление прежней формулировки.

13. Типовое положение 45 "Прекращение концессионного договора концессионером", как представляется, сужает права концессионера на прекращение договора в результате действий или бездействия организации-заказчика, в частности те права, о которых в целом говорится в подпунктах *h)* и *i)* типового положения 28. В пункте же *b)* законодательной рекомендации 64, напротив, допускается возможность прекращения договора концессионером в связи с распоряжениями или действиями организации-заказчика, непредвиденными изменениями в условиях или действиях других публичных органов. Эту формулировку следует восстановить.

14. Исключение положения о компенсации из типового положения 48 "Этап завершения и меры в переходный период" ослабляет законодательную рекомендацию 66, согласно которой требуется установить критерии для определения размеров компенсации концессионеру за передачу активов по истечении или прекращении проектного соглашения. Восстановление этого положения о компенсации, по нашему мнению, улучшит данное типовое положение.

Часть II

15. Типовое положение 6 "Цель и процедуры предварительного отбора" можно улучшить, если в пункт 3 *a)* после слов "...соорудить или модернизировать" включить слова "или эксплуатировать".

16. Типовое положение 8 "Участие консорциумов" можно улучшить, если из него исключить предполагаемый правовой запрет на присоединение члена проигрывающей группы – участницы процедур торгов к другой группе, участвующей в этих процедурах, при условии что о таком присоединении сообщается всем сторонам и оно приемлемо во всех иных отношениях и что ни один участник процедур не может одновременно быть членом более одной группы, участвующей в процедурах. Например, участник процедуры присоединился к группе, которая не может получить требуемое финансирование, но теперь хочет присоединиться к другой группе, участвующей в конкурентной процедуре. Это может быть выгодно всем заинтересованным сторонам. По нашему мнению, эта рекомендация не противоречит законодательной рекомендации 16, а, напротив, вносит полезный вклад в ее развитие.

17. В типовом положении 12.2 *a)*, *b)* и *c)* "Тендерное обеспечение", как нам представляется, расширены рекомендуемые средства правовой защиты для организации-заказчика в отношении утраты права на тендерное обеспечение по сравнению с пунктом 62 главы III *Руководства для законодательных органов.* В пункте 62 лишь говорится о том, что в запросе предложений целесообразно указывать любые условия тендерного обеспечения. Содержащиеся в этом типовом положении расширенные положения относительно утери права на тендерное обеспечение, по нашему мнению, являются недостаточно продуманными. Например, в настоящее время предусмотрено положение, допускающее лишение участника процедур права на тендерное обеспечение, если такой участник не способен провести заключительные переговоры (подпункт 2 *b)*) или сформулировать наилучшую и окончательную оферту (подпункт 2 *c)*). Мы считаем, что вполне уместно предложить участнику процедуры утратить право на свое обеспечение, если он уклоняется от исполнения принятого предложения (о чем говорится в подпунктах *d)* и *e)*), однако, если участник процедур не желает сформулировать "наилучшую и окончательную оферту", его нельзя принудить к совершению этого с риском потери его тендерного обеспечения, как и нельзя его принудить вступить в "заключительные переговоры". По нашему мнению, такие стандарты не обеспечивают достаточной степени объективности в контексте часто длительных и сложных переговоров по этим проектам и могут отрицательно сказываться на готовности участников процедур представлять предложения.

18. Последнее предложение типового положения 17 "Заключительные переговоры" выходит за рамки законодательной рекомендации 27 (однако аналогичное положение содержится в пункте 84 *Руководства для законодательных органов*) и сохранять его, по нашему мнению, нецелесообразно. Мы не видим серьезных оснований для того, чтобы организация-заказчик исключала для себя возможность возобновить переговоры с ранее отклоненным участником процедур. Возможно, что такой участник процедур выдвигал предложения, которые организация-заказчик (первоначально) сочла как "не удовлетворяющие условиям рынка". Однако по разным причинам может случиться так, что организация-заказчик не сможет завершить переговоры с другим участником процедур и, возможно, пожелает возобновить переговоры с ранее отклоненными участниками процедур. Вновь отмечаем, что, учитывая сложность и продолжительность переговоров по этим проектам, желательно, чтобы положения были более гибкими.

19. Типовое положение 24 "Конфиденциальность переговоров" выходит за рамки законодательной рекомендации 36, поскольку содержит положение, согласно которо-

му любые "сообщения" между организацией-заказчиком и участником процедур являются конфиденциальными. Эту проблему можно было бы адекватным образом решить путем включения в конце второго предложения формулировки "за исключением соответствующих случаев".

20. В типовом положении 28 "Содержание концессионного договора", по нашему мнению, следует также рассмотреть такие вопросы, как *a)* наличие механизмов принуждения к исполнению в том случае, если какой-либо публичный пользователь объекта инфраструктуры не оплачивает предоставленные товары/услуги; *b)* распределение риска в связи с неуказанными дефектами в объектах, которые предстоит модернизировать; и *c)* распределение риска в связи с неуказанными экологическими условиями для объектов, которые предстоит эксплуатировать или модернизировать концессионеру. Важность этих вопросов отметили специалисты-практики.

Заключение

21. *Руководство для законодательных органов* и добавление к нему станут полезными инструментами в деятельности местных органов управления и их консультантов, связанной с привлечением частного иностранного капитала в проекты в области инфраструктуры. Если бы можно было организовать еще один этап в рамках этой работы, то, по нашему мнению, полезнее всего сосредоточить внимание на каком-либо секторе или типе инфраструктуры, с тем чтобы можно было выработать рекомендации, в большей мере касающиеся существа, чем процедур или формы.

A/CN.9/533/Add.7

Подборка замечаний правительств и международных организаций

ДОБАВЛЕНИЕ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
II.	ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	179
	A. Государства	179
	1. Эквадор	179

II. ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

A. Государства

1. Эквадор

[Подлинный текст на испанском языке]

1. Эквадор предлагает добавить в подпункт *a)* типового положения 2 "Определения" следующий текст:

"Для целей настоящего закона:

a) "объект инфраструктуры" означает подлинные капиталовложения, дающие начало активам публичного использования, которые в силу своей пригодности обусловливают и образуют основу для функционирования и развития деятельности, имеющей производительный и социальный характер, и для предоставления государству общих услуг;".

2. Подлинные инвестиции носят производительный характер и отличаются от финансовых инвестиций и инвестиций ради прибыли.

3. К активам публичного использования относятся: различные формы дорожного управления; сухопутный, морской, речной и воздушный виды транспорта; энергоснабжение и электроснабжение; обработка земли, меры по охране окружающей среды; и экология или окружающая среда.

4. Эквадор предлагает включить в типовое положение 6 "Цель и процедуры предварительного отбора" следующий пункт:

"Высший орган технического надзора выносит автономное и независимое заключение в отношении выбора всех договоров для публичных организаций в соответствии с оценкой, которая определяется на основании внутреннего законодательства каждого государства, и осуществляет контроль за соблюдением процедур, в ходе которых публичные организации делегируют или уступают свои полномочия частному сектору, также в соответствии с внутренним законодательством каждого государства".

5. В заключение правительство Эквадора предлагает включить в проект типовых положений норму, предусматривающую частное финансирование, которое поступает от частных юридических лиц и которое берет свое начало на рынке, т. е. в месте, где сходятся предлагаемые товары и хозяйственные услуги.

II. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать седьмой сессии (Вена, 9–13 декабря 2002 года) (A/CN.9/529) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	*Стр.*
I.	ВВЕДЕНИЕ: РЕЗЮМЕ ПРЕДЫДУЩИХ ОБСУЖДЕНИЙ РАБОЧЕЙ ГРУППЫ	1–9	181
II.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	10–16	182
III.	РЕЗЮМЕ ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЙ	17	183
IV.	ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	18–165	183
	1. Часть вторая. Глава II. Подача заявления и открытие производства	18–80	183
	A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)	18–31	183
	B. Подача заявления и открытие производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)	32–80	185
	2. Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности	81–165	190
	A. Затрагиваемые активы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)	81–95	190
	B. Защита и сохранение имущественной массы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)	96–124	191
	C. Использование активов и распоряжение ими (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)	125–140	194
	D. Режим в отношении контрактов (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)	141–156	196
	E. Процедура расторжения сделок (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	157–165	197

I. ВВЕДЕНИЕ: РЕЗЮМЕ ПРЕДЫДУЩИХ ОБСУЖДЕНИЙ РАБОЧЕЙ ГРУППЫ

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии (1999 год) было представлено предложение Австралии (A/CN.9/462/Add.1) о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности. В этом предложении содержалась рекомендация 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 законодатель-

ства 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.

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 (Международная федерация ИНСОЛ) 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 этого 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 этого 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. Двадцать четвертая сессия Рабочей группы по законодательству о несостоятельности (Нью-Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года) начала свою работу 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. Работа была продолжена на двадцать пятой (Вена, 3–14 декабря 2001 года) и двадцать шестой (Нью-Йорк, 13–17 мая 2002 года) сессиях Рабочей группы. Доклады о работе этих сессий содержатся в документах A/CN.9/507 и A/CN.9/511, соответственно.

9. На ее тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссии были представлены доклады о работе двадцать четвертой, двадцать пятой и двадцать шестой сессий Рабочей группы. Комиссия отметила, что Рабочая группа на своей двадцать шестой сессии обсудила вопрос о вероятных сроках завершения работы и отметила, что ей будет целесообразно сформулировать рекомендации для Комиссии после ее двадцать седьмой сессии (Вена, 9–13 декабря 2002 года), когда она получит возможность проанализировать новый проект руководства для законодательных органов. Комиссия просила Рабочую группу продолжить подготовку руководства для законодательных органов и рассмотреть возможность завершения своей работы на ее двадцать седьмой сессии[3].

II. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ

10. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою двадцать седьмую сессию в Вене 9–13 декабря 2002 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Аргентины, Бразилии, Германии, Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Китая, Кении, Колумбии, Литвы, Мексики, Российской Федерации, Руанды, Румынии, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Франции, Швеции и Японии.

11. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Болгарии, Венесуэлы, Индонезии, Иордании, Ирландии, Ливана, Нигерии, Польши, Республики Корея, Сирийской Арабской Респуб-

[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.

[3] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 194.

лики, Словакии, Турции, Украины, Филиппин и Швейцарии.

12. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: *a)* организации системы Организации Объединенных Наций: Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк; *b)* межправительственные организации: Афро-азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО), Общий рынок восточной и южной частей Африки (ОРВЮА), Гаагская конференция по международному частному праву; *c)* неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов (АФА), Центр юридической компетентности (ЦЮК), Аналитическая группа по вопросам несостоятельности и ее предотвращению (ГРИП 21), Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), Международная ассоциация адвокатов, Комитет J (МАА) и Международный институт по вопросам несостоятельности (III).

13. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Визит ВИЗИТСОРА-АТ (Таиланд);

Докладчик: г-н Луис Умберто УСТАРИС ГОНСАЛЕС (Колумбия)

14. На рассмотрении Рабочей группы находилась записка Секретариата: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add.3-15). Эти документы, в которых содержатся текст комментария руководства и рекомендации, были пересмотрены в свете итогов обсуждения Рабочей группой, состоявшегося на ее двадцать пятой и двадцать шестой сессиях.

15. В распоряжении Рабочей группы имелись также 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; A/CN.9/WG.V/WP.61, A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1-2); 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) и тридцать пятой (2002 год) сессий (A/57/17); доклады Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее двадцать второй (1999 год) (A/CN.9/469); двадцать четвертой (июль/август 2001 года) (A/CN.9/504); двадцать пятой (декабрь 2001 года) (A/CN.9/507) и двадцать шестой (май 2002 года) (A/CN.9/511) сессий.

16. 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

17. Рабочая группа рассмотрела проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, начав с документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и продолжив обсуждение вплоть до документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, рекомендация 76. Ход обсуждения и принятые Рабочей группой решения в связи с различными добавлениями излагаются ниже. Рабочая группа приняла к сведению, что для подготовки новой редакции материалов, рассмотренных на ее нынешней сессии, в целях продолжения обсуждения Рабочей группой на ее двадцать восьмой сессии в Нью-Йорке (24–28 февраля 2003 года), возможно, будет недостаточно времени. В ответ на просьбу Комиссии определиться в отношении завершения разработки руководства для законодательных органов Рабочая группа подчеркнула необходимость завершения разработки 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 данное 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 рассмотрении в Рабочей группе, возможность рассмотреть ход разработки этого руководства. Было отмечено, что Рабочей группе может потребоваться проведение последующих сессий во второй половине 2003 года и, возможно, даже в первой половине 2004 года с целью уточнения текста руководства для его окончательного принятия.

IV. ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

1. Часть вторая. Глава II. Подача заявления и открытие производства

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

Пункты 1 и 2 – круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, охватываемых законодательством о несостоятельности

18. Сохранению содержания пунктов 1 и 2 в их нынешней редакции была выражена общая поддержка.

Пункты 3 и 4 – должники: физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью

19. Было высказано мнение о том, что, поскольку к несостоятельности физических лиц применимы иные социальные и программные соображения, чем в случае коммерческих субъектов, проводимое в комментарии обсуждение следует либо исключить, либо перенести в отдельный раздел, в котором различные соображения следует обсудить более полно. После обсуждения, однако, общая поддержка была выражена сохранению текста, посвященного физи-

ческим лицам, занимающимся коммерческой деятельностью, и применимости законодательства о несостоятельности к таким лицам, в его нынешней редакции. Было отмечено, что во многих странах коммерческая деятельность осуществляется физическими лицами и неупоминание о таких лицах вызовет существенные последствия для применения и эффективности законодательства о несостоятельности.

Пункты 5 и 6 – государственные предприятия

20. Определенная обеспокоенность была выражена в отношении правительственных организаций, муниципалитетов и иных подобных субъектов и вопроса о том, охватываются ли они – или должны ли охватываться – руководством. Было достигнуто общее согласие с тем, что руководство должно применяться только к коммерческим предприятиям, в круг которых не должны включаться правительственные и аналогичные субъекты, кроме как в той мере, в которой они подпадают под определение государственного предприятия и занимаются коммерческой деятельностью. С целью разъяснения нынешней редакции текста к Секретариату была высказана просьба добавить формулировку о том, что руководство не предполагается применять к государствам, региональным органам управления, муниципалитетам и иным подобным видам субъектов.

21. Содержание пункта 6 было сочтено приемлемым.

Пункты 7–9 – юрисдикция: центр основных интересов

22. Была выражена поддержка предложению об изменении формулировок этих пунктов для обеспечения их соответствия Типовому закону ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, в частности его статье 28, а также такого порядка, при котором место возбуждения неосновного производства по делу о несостоятельности будет определяться на основании местонахождения активов.

23. Было внесено предложение уделить в руководстве внимание только зарегистрированной конторе должника и не устанавливать презумпции в отношении центра основных интересов. После обсуждения, однако, было достигнуто общее согласие с тем, что эта презумпция должна быть сохранена, в частности для урегулирования ситуаций, когда центр основных интересов должника не совпадает с местом нахождения его зарегистрированной конторы, что часто встречается на практике.

24. Что касается сноски 1 к пункту 9 руководства, то в Рабочей группе было достигнуто общее согласие с тем, что вышеупомянутый Типовой закон и Руководство по его принятию должны быть включены в рассматриваемое руководство в качестве дополнительной главы. Было признано, что урегулирование трансграничных вопросов является важнейшей частью современных режимов несостоятельности и что включение этого материала окажет помощь читателям руководства. Были отмечены необходимость обеспечении единообразия между руководством и Типовым законом, а также тот факт, что для уточнения некоторых ссылок в руководство, возможно, потребуется внести определенные незначительные изменения.

Пункты 10–13 – предприятие и наличие активов

25. Рабочая группа сочла содержание этих пунктов приемлемым.

Рекомендации

26. Было высказано мнение о том, что заключенное в квадратные скобки слово "общее" в пунктах *a)* и *b)* положения о цели может быть исключено как излишнее. В то же время широкая поддержка была выражена сохранению этого термина, с тем чтобы предотвратить возникновение неясности, особенно в тех случаях, когда в государствах действует специальный режим несостоятельности (отличающийся от общего законодательства о несостоятельности) для некоторых видов предприятий. Было отмечено, что если этот термин будет сохранен, то следует обеспечить его последовательное использование во всем тексте руководства.

27. Было высказано мнение о том, что ограничение термина "суды" в пункте *d)* раздела, посвященного изложению цели, может оказать помощь в толковании. Было также предложено исключить пункт *d)* на том основании, что вопрос о делегировании судебных полномочий должен разрешаться законодательством каждой страны. В ответ было высказано мнение о том, что в целях упрощения порядка подачи заявлений о возбуждении производства необходимо конкретно указать те органы, в которых могут проводиться процедуры несостоятельности. После обсуждения широкая поддержка была выражена сохранению пункта *d)*. Было высказано мнение о том, что этот вопрос следует, возможно, более подробно изложить в руководстве и указать те виды судебных органов, которые могут открывать производство, с точки зрения как территориальной юрисдикции, так и существа дела. Это предложение получило определенную поддержку.

28. Был задан вопрос о том, будут ли включены в понятие "коммерческие" не преследующие цели извлечения прибыли организации, которые проводят коммерческую деятельность, например больницы. Для разъяснения этого вопроса было предложено добавить к слову "коммерческая", используемому в рекомендации 11, слова "будь то с целью извлечения прибыли или нет". Было выражено согласие с тем, что содержание рекомендации 12 в ее нынешней редакции является приемлемым.

29. Было предложено включить в рекомендацию 13 критерий "наличия активов". В то же время было указано, что в рекомендации использован гибкий подход и предлагаются только минимальные и не исчерпывающие основания, как это было согласовано Рабочей группой на ее двадцать шестой сессии. Было отмечено, что для охвата материалов, касающихся наличия активов в качестве основания для открытия производства по делу о несостоятельности, может быть включена прямая ссылка на Типовой закон и Руководство по его принятию.

30. Было предложено в целях обеспечения ясности исключить из рекомендации 15 слово "операций". В то же время было отмечено, что эта формулировка основывается на Типовом законе о трансграничной несостоятельности и что ее следует, таким образом, сохранить в нынешней редакции.

31. Было также высказано мнение о том, что текст рекомендации 16 может быть изменен следующим образом: "В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, какие судебные органы обладают юрисдикцией в отношении производства по делу о несостоятельности и какой конкретный суд – в отношении вопросов, возникающих при ведении производства по делу о несостоятельности". Это предложение получило определенную поддержку. Еще одно мнение заключалось в том, что

ссылка в рекомендации на "законодательство о несостоятельности" может быть исключена, поскольку правила о юрисдикции отнюдь не обязательно устанавливаются в законодательстве о несостоятельности.

B. Подача заявления и открытие производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

Пункты 14–16 – введение

32. Рабочая группа решила, что содержание этих пунктов является приемлемым.

Пункты 17–22 – критерии подачи заявления

33. Определенная озабоченность была выражена в связи с рассмотрением критерия ликвидности и критерия баланса в качестве альтернативных вариантов (подход, отраженный в ряде пунктов), из которых может сделать свой выбор законодатель. Было высказано мнение о том, что в руководстве следует четко указать, что оба эти критерия могут быть включены в законодательство о несостоятельности и что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в тех случаях, когда должник будет удовлетворять любому из них. Что касается балансового критерия, то было отмечено, что этот стандарт может вводить в заблуждение, поскольку центральное внимание уделяется по сути бухгалтерской проблеме оценки активов и поскольку могут возникать вопросы о том, является ли баланс достоверным. Было предложено уделить в руководстве основное внимание вопросу о том, достаточно ли активов должника (независимо от способа оценки) для покрытия его обязательств, а этот стандарт было бы, возможно, более уместно назвать критерием активов. Было отмечено, что идеи, отраженные в пунктах 17–21, являются приемлемыми, но что для обеспечения ясности комментария и отражения проведенного в Рабочей группе обсуждения по поводу балансового критерия потребуется, возможно, провести определенное изменение структуры и редакционную доработку. Было также высказано мнение о том, что в руководство было бы полезно включить определенные показатели общего прекращения платежей, такие как неуплата аренды, заработной платы, иных пособий работникам, и других важных коммерческих платежей.

Пункт 23 – ликвидация: стороны, которые могут подать заявление

34. Было отмечено, что в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается возможность открытия производства по делу о несостоятельности судом по его собственной инициативе и что этот момент должен быть отражен в руководстве. В ответ было указано, что следует провести четкое различие между судом, выступающим с инициативой открытия производства, и судом, выносящим решение об открытии по заявлению другой стороны. Предоставление суду права принимать решение в обоих случаях создаст возможности для возникновения коллизии или проявления предубежденности и будет противоречить целям ясного, предсказуемого и прозрачного режима несостоятельности, который рекомендуется в руководстве. Рабочая группа согласилась с тем, что суду не следует предоставлять права возбуждать производство по собственной инициативе, а лишь по заявлению другой стороны.

Пункты 24–26 – ликвидация: подача заявления должником

35. Была выражена озабоченность в связи с тем, что вторая часть первого предложения текста пункта 24 создает впечатление, что суд может открыть производство даже в том случае, если должник не удовлетворяет какому-либо из критериев несостоятельности. В ответ было отмечено, что, хотя на практике в отношении заявления должника может применяться более гибкий режим с точки зрения жестких требований, предположения о том, что производство может быть открыто по заявлению должника, когда кредиторы возражают против такого открытия или когда подобное решение будет равнозначно злоупотреблению процедурами, возникать не должно. Было высказано мнение, что необходимо провести различие между принятием заявления должника относительно его финансового положения, когда кредиторы, например, не выдвигают никаких возражений, и невыяснением у должника подробностей относительно его финансового положения, когда оно вызывает определенные сомнения или когда кредиторы возражают против открытия производства. Было отмечено, что в законодательстве о несостоятельности некоторых стран порядок, при котором заявление должника о несостоятельности приравнивается к презумпции несостоятельности или рассматривается в качестве достаточного доказательства несостоятельности для открытия производства без дальнейшей проверки, не предусматривается. Были высказаны сомнения относительно желательности последнего подхода и задан вопрос о том, не следует ли предусмотреть такой порядок, при котором будет требоваться представление определенных дальнейших доказательств или при котором такие доказательства могут быть запрошены кредиторами. Было отмечено, что подобный подход в настоящее время рассматривается в одной из стран, проводящих реформу своего законодательства о несостоятельности. В редакционном плане было предложено закончить второе предложение текста пункта 24 словами "не способен погасить свои долги", с тем чтобы снять любую неопределенность. Рабочая группа решила, что эти вопросы требуют определенного дальнейшего разъяснения и обсуждения в руководстве.

Пункты 27–31 – ликвидация: подача заявления кредитором

36. В связи с устанавливаемым в пункте 27 требованием о неоспоримости долгов было высказано мнение, что не следует предусматривать, чтобы долг не оспаривался в полном объеме, а, скорее, чтобы не оспаривалась или не подлежала зачету лишь существенная доля задолженности. Было решено, что этот вопрос следует рассмотреть более подробно.

37. Хотя было отмечено, что кредиторы, которым причитаются долги с ненаступившим сроком погашения, могут обладать законным интересом в производстве по делу о несостоятельности, было указано, что согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран возврат долга не может быть потребован, если только не наступил срок его погашения, причем только с этого момента. Согласно законодательству о несостоятельности других стран невнесение частичного платежа по краткосрочному долгу может являться основанием для подачи заявления кредитором. Было высказано мнение о том, что эти примеры должны быть включены в обсуждение, проводимое в руководстве.

38. Рабочая группа обсудила вопрос о том, может ли один-единственный кредитор подать заявление об открытии производства, а также порядок, в котором соотносятся требуемое число кредиторов и сумма их требований. Было высказано мнение, что проблемы могут возникнуть, например, в тех случаях, когда у должника имеются несколько небольших кредиторов, которым он может уплатить, и один крупный кредитор, уплатить которому он неспособен; в подобном случае только один крупный кредитор должен иметь возможность подать заявление о возбуждении производства. Было предложено провести различие между числом кредиторов, требуемым для подачи заявления, и вопросом о том, какой факт необходимо доказать: неспособность должника уплатить свою задолженность применительно к некоторым, всем или большинству своих долгов. Еще одна точка зрения состояла в том, что один кредитор может подать заявление об открытии производства, когда он выполнил процедуру, изложенную в пункте 27, и подал требование о платеже, которое не было удовлетворено. После обсуждения было решено, что в руководстве должным образом рассматриваются различные варианты применительно к заявлениям кредиторов и что соответствующий текст является приемлемым в его нынешней редакции.

39. В редакционном плане было предложено заменить в пункте 28 слово "недорогостоящий" словом "экономичный". Это изменение было поддержано.

40. Рабочая группа решила, что содержание пунктов 29–31 является приемлемым.

Пункты 32 и 33 – подача заявления государственным органом

41. Был задан вопрос о том, охватывается ли в пункте 32 статус государственного органа в качестве кредитора, а в пункте 33 – другие ситуации, когда государственный орган не является кредитором и когда цель процедуры несостоятельности состоит в урегулировании не собственно несостоятельности, а таких вопросов, как мошенничество или другие уголовные преступления. Рабочая группа согласилась с этим толкованием и с тем, что это различие следует более четко провести в тексте.

Пункты 34 и 35 – реорганизация: подача заявления должником

42. Дополнительным фактором, упомянутым в поддержку мнения о целесообразности смягчения критериев для открытия реорганизационного производства и предложенным для включения в пункт 35, являлась необходимость в поощрении должников к подаче заявлений на раннем этапе возникновения их финансовых трудностей, например когда выплата долгов с наступившим сроком погашения вызовет тяжелое финансовое положение, однако необязательно несостоятельность. Было отмечено, что подобная ситуация будет охватываться смыслом понятия будущей неспособности уплатить долги, которое используется в рекомендации 18 *a)*.

Пункты 36–40 – подача заявления кредитором

43. Было высказано мнение о том, что этот раздел может быть улучшен за счет изложения в новой редакции двух отдельных ключевых идей: принятие гибкого подхода к установлению критериев для открытия производства по ходатайству кредиторов, с тем чтобы создать возможность для преодоления трудностей, встречающихся на практике, например необходимости для кредиторов подавать заявление об открытии производства в случае, когда должник не желает или не способен этого сделать (например, по причине ухода администрации), и вероятность сдерживания подачи заявлений кредиторами, если от кредитора, предлагающего реорганизацию, будет требоваться представление доказательств наличия средств, достаточных для обеспечения успешной реорганизации.

44. Было также высказано мнение о том, что потребуется провести четкое различие между подачей заявления должником и подачей заявления кредитором, причем проведению этого различия в руководстве будет, возможно, способствовать такой порядок, при котором вначале будут указаны общие правила для обоих случаев, а затем отдельно рассмотрены два вида процедур.

45. Еще одно предложение состояло в том, чтобы изменить ссылку на увеличение суммы требований кредиторов во втором предложении пункта 36, с тем чтобы указать на увеличение стоимости активов и повышение выплат кредиторам по их требованиям.

46. Было отмечено, что вступительная формулировка пункта 40 "по этим причинам" не имеет очевидной связи с предшествующим пунктом и что этот момент следует разъяснить.

Пункты 41–43 – процедурные вопросы

47. Было предложено изменить название пункта 41 на "Заявление об открытии производства", с тем чтобы точнее отразить его содержание. Еще одно предложение состояло в том, чтобы в этом пункте просто указать, что, производство может быть возбуждено путем подачи заявления в компетентный суд, без какого-либо дальнейшего обсуждения подробностей. В ответ было отмечено, что, поскольку в некоторых правовых системах предусматривается возможность возбуждения процедур без участия суда, нынешний проект следует сохранить или добавить новое первое предложение текста следующего содержания: "В законодательстве о несостоятельности следует конкретно оговорить порядок открытия производства по делу о несостоятельности". Было также отмечено, что на порядок возбуждения процедур могут оказывать влияние другие нормы применимого права.

48. Было достигнуто общее согласие в том, что в этот раздел, возможно, потребуется внести некоторые незначительные изменения, для того чтобы в связи с приводимым в пункте 41 обсуждением признать, что участие суда в возбуждении производства может и не являться необходимым. Предложение о внесении в руководство дополнения для разъяснения причин установления требования о вынесении судом соответствующего определения было объяснено тем, что подобное дополнительное положение будет способствовать защите от злоупотребления процедурами со стороны кредиторов.

49. В качестве замечания, в целом применимого к пунктам 42 и 43, было указано на необходимость проведения четкого различия между добровольными и недобровольными процедурами. Кроме того, было высказано мнение о том, что, поскольку в данном разделе в настоящее время первоочередное внимание уделяется недобровольным процедурам, этот момент должен быть прямо указан в руководстве.

50. Предложение, получившее поддержку, состояло в том, чтобы отметить в руководстве наблюдающуюся в за-

конодательстве о несостоятельности ряда стран тенденцию к предоставлению должнику основополагающего права быть заслушанным судом или тем органом, который будет выносить решение по заявлению об открытии производства.

51. Было предложено исключить из второго предложения текста пункта 43 слова "уклониться от выполнения требований кредиторов", поскольку существуют и другие виды злоупотреблений, подробно останавливаться на которых в руководстве нет необходимости. Было высказано мнение о том, что последнее предложение текста пункта 43 следует изменить, с тем чтобы подчеркнуть необходимость в четких нормах о применении моратория в течение этого переходного периода, а также включить перекрестную ссылку на главу III.

52. Было предложено включить еще одну перекрестную ссылку на проводимое в руководстве обсуждение обязанностей директоров или администрации предприятия-должника подать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности (пункты 229–230 главы IV документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

53. Был внесен ряд редакционных предложений: исключить слово "совокупной" из первого предложения текста пункта 38 и заменить формулировку "заявление о несостоятельности" в пункте 41 более уместной ссылкой на освобождение от обязательств или открытие производства.

Пункты 44 и 45 – процедурные вопросы: установление срока для вынесения решения об открытии производства

54. Содержание этих пунктов было сочтено приемлемым.

Пункт 46 – процедурные вопросы: отказ в удовлетворении заявления об открытии производства

55. Было поддержано предложение о пересмотре текста этого раздела, с тем чтобы он применялся как к добровольному, так и к принудительному производству, и об изменении названия на "Отказ в удовлетворении заявления об открытии производства или прекращение процедур". Было указано, что этот вопрос обсуждался Рабочей группой на ее двадцать шестой сессии (см. документ A/CN.9/511, пункт 37). К Секретариату была высказана просьба добавить в руководство комментарий и рекомендации (см. также пункт 80, ниже), касающиеся прекращения производства. Было высказано мнение, что при любом пересмотре следует охватить все возможные механизмы, предусматриваемые действующими законами, включая нормы, допускающие автоматическое открытие производства.

56. Еще одна точка зрения состояла в том, что, хотя следует предусмотреть лишь минимум оснований для отказа в удовлетворении заявления должника и должнику следует предоставить ограниченный срок для исправления любых погрешностей в заявлении, требования, установленные в отношении кредиторов, должны применяться более строго.

57. Был внесен ряд предложений относительно пересмотра оснований для отказа в удовлетворении заявления об открытии производства, о которых говорится в пункте 46. Было отмечено, что при рассмотрении нынешнего перечня Рабочей группе не следует смешивать основания для отказа со случаями злоупотребления последующими процедурами, которые могут быть урегулированы с помощью положений, посвященных прекращению производства. Была выражена поддержка сохранению в перечне, в том или ином виде, основания, связанного с получением от должника преференциальных платежей, поскольку при принудительной подаче заявления об открытии производства нередко возникают случаи, когда на должника оказывается давление в связи с такими платежами, а любая форма принуждения к платежу может представлять собой ненадлежащее использование процедур несостоятельности. Противоположная точка зрения состояла в том, что суду неуместно выносить подобные решения, поскольку изучение всех таких платежей является одной из ключевых задач производства по делу о несостоятельности.

58. Было высказано мнение, что использование процедур несостоятельности в качестве замены механизма принудительного взыскания задолженности должно быть исключено из перечня на том основании, что, хотя подобная практика и является, возможно, ненадлежащим использованием таких процедур, она не должна сама по себе представлять основание для отказа в удовлетворении заявления. В качестве дополнительных оснований для отказа были предложены следующие: недостаточность активов (и в связи с этим следует сделать перекрестную ссылку на обсуждение вопроса об имущественной массе, не имеющей активов, в пунктах 52 и 53, и включить в пункт 46 указание на то, что это основание для отказа признается не во всех государствах) и причастность к мошенническим действиям или другим уголовно наказуемым деяниям.

59. Был также внесен ряд предложений редакционного характера: добавить в третье предложение текста пункта 46 слово "неоправданное"; заменить слова "to obtain" в тексте на английском языке словом "obtaining"; исключить слова "в полном объеме" (таким образом, этот пример будет гласить: "в которых должник использует несостоятельность в качестве средства *неоправданного* уклонения от незамедлительной уплаты долгов кредиторам или получения освобождения от исполнения обременительных обязательств, например трудовых соглашений"); и вместо слова "взамен" в четвертом примере использовать слова "в качестве ненадлежащей замены".

Пункты 47–51 – процедурные вопросы: уведомление об открытии производства

60. Было высказано мнение о необходимости проведения в руководстве четкого различия между уведомлением о подаче заявления и уведомлением об открытии производства, поскольку с этими уведомлениями связаны разные последствия. Пункт 47 должен быть посвящен непосредственно уведомлению об открытии производства.

61. Решительная поддержка была выражена предложению подчеркнуть в пункте 49, что должник имеет основополагающее право на получение уведомления (что должно сопровождаться перекрестной ссылкой на обсуждение прав должника в пунктах 218–220 главы IV документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10), причем несоблюдение требования о направлении уведомления должнику должно допускаться только при самых исключительных обстоятельствах, когда, например, существует вероятность того, что должник предпримет какие-либо действия в ущерб кредиторам, или когда должник скрылся. В ответ было указано, что, если должник не получит уведомление, он может продолжать осуществлять операции в ущерб иму-

щественной массе. Было также отмечено, что вопрос о действиях, предпринимаемых должником в ущерб кредиторам, было бы, возможно, лучше урегулировать с помощью применения обеспечительных мер. Решительная поддержка была выражена сохранению требования об уведомлении даже в случае, когда должник скрылся. Когда должник пытается избежать получения уведомления лично, может быть достаточным соблюдение требований о публичном уведомлении или же уведомление может быть вручено по последнему известному адресу должника.

62. Применительно к случаям добровольной подачи заявлений, когда между моментом подачи заявления и моментом открытия производства проходит определенный срок, было высказано мнение о том, что кредиторам необходимо предоставлять уведомление о подаче заявления, с тем чтобы они имели возможность принять обдуманное решение о продолжении предоставления услуг должнику с риском дальнейшего увеличения долга в течение этого срока.

63. Был предложен ряд вариантов, позволяющих обеспечить эффективность уведомления (см. пункт 74).

64. Было отмечено, что понятие "принудительная подача заявления" и "подача заявления кредитором" в первом предложении пункта 49 могут вводить в заблуждение, поскольку принудительно поданные заявления отнюдь не обязательно могут являться только заявлениями кредиторов, и в силу этого используемую терминологию следует пояснить.

65. Было высказано мнение о том, что в содержащийся в пункте 50 перечень сторон, которым необходимо направлять уведомление об открытии производства, могут быть также включены представители профсоюзов и трудовых коллективов.

Пункты 52–54 – процедурные вопросы: имущественная масса, не имеющая активов

66. Была выражена поддержка включению упоминания о желательности реабилитации предпринимателей и других лиц, занимающихся коммерческой деятельностью, и о поощрении принятия на себя этими сторонами экономических рисков в качестве дополнительных причин урегулирования вопроса о несостоятельности должников, не имеющих активов. Было также высказано мнение, что для урегулирования вопроса о тех должниках, которые не имеют активов, однако обладают регулярным источником дохода, необходимо включить ссылку на доход, причем вопрос о таких должниках должен быть рассмотрен за пределами контекста имущественной массы, "не имеющей активов".

Пункты 55–56 – издержки, связанные с производством по делу о несостоятельности

67. Было высказано замечание о том, что в пункте 55 в его нынешней редакции отражено осознание важности соображений экономичности при разработке структуры режима несостоятельности, однако никаких практических выводов не сделано. Было предложено включить составленное в более четких формулировках заявление, что режим, связанный с большими расходами, будет являться препятствием открытию производства и использованию процедур несостоятельности.

68. Содержание пункта 56 было сочтено приемлемым.

Рекомендации

69. Была выражена поддержка предложению об исключении пункта *b)* положения, касающегося цели, поскольку эта формулировка уже включена в положение о цели, содержащееся в главе II.A. Было внесено предложение включить пункт *f)* перед пунктом *e)*, поскольку такая последовательность была бы более логичной.

70. Была выражена определенная озабоченность в отношении критериев открытия производства, изложенных в рекомендации 18, а также были предложены ряд добавлений и поправок. Чтобы отразить достигнутое в Рабочей группе согласие в отношении критериев подачи заявления (см. пункт 33), слово "альтернативно" следует исключить; следует отразить выводы, сделанные Рабочей группой в результате обсуждения в отношении требования о том, что задолженность должна быть неоспоримой, наряду с добавлением дополнительного слова "все", с тем чтобы уточнить, что какая-либо часть, но не вся задолженность может быть оспорена (такое же изменение следует внести в рекомендацию 19); слово "в целом" следует добавить к ссылке на прекращение платежей, с тем чтобы согласовать рекомендацию 18 *a)* и *b)* с пунктами 17 и 18 комментария; рекомендация 18 *b)* должна включать слова "или не будет способен" перед словами "не способен" для охвата вероятной несостоятельности. В ответ на последнее предложение было высказано мнение, что вероятная несостоятельность должна относиться только к случаям подачи заявления должником, но не к случаям подачи заявления кредитором. Было также высказано мнение, что в рекомендации 18 *a)* следует использовать более гибкий подход, с тем чтобы поощрять должников к осуществлению регистрации на ранней стадии и содействовать реорганизации, причем с проведением необходимого различия между критериями открытия производства в целях ликвидации и реорганизации.

71. Хотя вариант 2 рекомендации 19 получил некоторую поддержку, после обсуждения превалирующая точка зрения заключалась в том, что вариант 1 следует сохранить и включить в него сноски 5 и 6.

72. Предположение, высказанное в отношении рекомендации 20, заключалось в том, что возможность выбора между пунктами *a)* и *b)* следует отразить более ясно.

73. Чтобы учесть случай открытия производства каким-либо государственным органом, который обсуждается в комментарии, слова "или каким-либо государственным органом" следует добавить к тексту рекомендации 21 после слова "кредитором" наряду с любыми необходимыми изменениями для учета случая открытия производства каким-либо публичным органом на основании какого-либо публичного интереса, а не на основании несостоятельности. Для отражения итогов обсуждения Рабочей группой исключений из положения о направлении уведомления должнику было предложено добавить слово "в целом" во вступительной части текста после слов "законодательство о несостоятельности".

74. Была выражена определенная озабоченность в отношении рекомендаций 22–24, касающихся уведомления об открытии производства. Одно из мнений заключалось в том, что следует провести четкое различие между уведомлением конкретных сторон и общим обнародованием факта открытия производства. В отношении обнародования такого факта было высказано мнение, что публикация в правительственном бюллетене в целом представляет собой всего лишь формальность и на нее не следует пола-

гаться с точки зрения обеспечения эффективного уведомления и что ссылку на общенациональные газеты следует исключить и заменить ссылкой на местные газеты, издаваемые в месте нахождения коммерческого предприятия должника. В качестве альтернативы конкретному указанию видов публикаций, в которых может быть дано уведомление, было высказано предположение, что следует одобрить формулировку, в которой говорилось бы следующее: "издание, которое, по всей вероятности, привлечет внимание заинтересованных сторон". Было также предложено предусмотреть возможность использования электронных средств связи для обеспечения уведомления отдельных лиц. Чтобы разъяснить процессуальный характер рекомендации 22, было высказано предположение, что вступительная часть ее текста должна содержать ссылку на необходимость установления единообразной процедуры направления уведомления. В отношении стороны, которая должна направлять уведомление, было предложено заменить слово "может" словом "должно" в последнем предложении текста рекомендации 22. Секретариату было предложено учесть эти предложения при пересмотре текста данных рекомендаций.

75. В отношении рекомендации 23 было предложено конкретно указать сторону, ответственную за подготовку списка кредиторов, которых надлежит уведомлять. Слова "[которые могут быть идентифицированы на основании учетных книг и отчетности должника]" были сочтены излишними и, возможно, слишком ограничительными, поскольку могут существовать другие известные кредиторы, которые не могут быть идентифицированы таким образом.

76. Были внесены предложения о добавлении в рекомендацию 24 дополнительных требований, включая требование о предоставлении информации, касающейся проверки требований и любого срока, в течение которого это может произойти, а также применения моратория и его последствий.

77. Была выражена определенная озабоченность в отношении формулировки и содержания рекомендации 25. Было подчеркнуто, что рекомендация 25 *b)* является слишком ограничительной, поскольку она не затрагивает ситуацию, когда заявление об открытии производства подается множественными кредиторами. Если задолженность одному из таких кредиторов является предметом спора, то это не должно приводить к отклонению такого заявления. Была высказана та точка зрения, что критерии, упомянутые в данной рекомендации, являются слишком узкими и должны включать, например, несоблюдение установленных сроков, вопросы, касающиеся компетенции сторон, и отказ от оплаты процессуальных издержек. Кроме того, во вступительную часть текста этой рекомендации следует добавить слова "в частности". Еще одно предположение заключалось в том, что поскольку пункт *c)* должен применяться и к ликвидации, и к реорганизации, то вступительную часть его текста можно было бы исключить. В качестве вопроса редакционного характера было предложено поместить пункт *a)* в конец данного перечня.

78. Было отмечено, что в этих рекомендациях не затрагиваются прекращение производства (которое может быть необходимым, например, в том случае, когда заявление должника приводит к автоматическому открытию производства), а также издержки и санкции. Если заявление приводит к автоматическому открытию производства (и уведомление об открытии производства было направлено), а впоследствии данное производство было прекращено, то, как предполагалось, уведомление о прекращении производства может также требоваться для защиты коммерческого предприятия должника. Эти предположения получили поддержку.

79. Было внесено предложение провести в рекомендации 26 различие между должниками, являющимися физическими и юридическими лицами. Со ссылкой на пункты 52–54 комментария было высказано предположение о том, что рекомендация 26 должна относиться только к тем ситуациям, когда должник не является физическим лицом, которое имеет право на освобождение от ответственности, поскольку в таком случае заявление об открытии производства не должно отклоняться. Было отмечено, что в первом предложении текста следует сослаться на отсутствие "необремененных" активов, а не на активы в целом.

80. После обсуждения для рассмотрения Рабочей группой в будущем были предложены нижеследующие проекты рекомендаций в отношении прекращения производства, издержек и санкций.

Окончание и прекращение производства по делу о несостоятельности

26A) В законодательстве о несостоятельности может предусматриваться, что суд может окончить или прекратить производство, которое было открыто, если суд установит, что, например:

a) производство представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности;

b) должник не выполнил распоряжений суда или положений законодательства о несостоятельности;

c) должник не сотрудничает с управляющим в деле о несостоятельности; или

d) имеют место [необоснованные] задержки в производстве [, которые наносят ущерб кредиторам].

[*Примечание: Вышеупомянутые основания будут применяться в случае как ликвидационного, так и реорганизационного производства. Хотя возможные основания для преобразования реорганизационного производства в ликвидацию рассматриваются в главе V.A(14), никаких конкретных рекомендаций по этому вопросу не выносится. Дополнительные основания для преобразования могут включать: сохранение убыточности в течение периода реорганизации и невыполнение плана реорганизации в течение [разумного срока] [срока, установленного законом]. Потребуется, возможно, провести различие между основаниями для прекращения и основаниями для преобразования.*]

26B) В законодательстве о несостоятельности должно содержаться положение об уведомлении кредиторов о постановлении окончить или прекратить производство по делу о несостоятельности.

[*Примечание: Аналогичное положение, возможно, потребуется включить применительно к преобразованию реорганизации в ликвидацию.*]

Издержки и санкции

26C) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать разумный сбор за предоставление права подавать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности.

26D) Законодательство о несостоятельности может предусматривать, что суд должен обладать правом вы-

носить определение о том, представляет ли собой подача заявления об открытии производства ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности. В случае вынесения такого определения суд может разрешить возложение издержек на заявителя или применить к нему другие санкции.

[*Примечание: Заявителем может быть должник в случае добровольной подачи ходатайства или кредиторы – в случае принудительной подачи ходатайства.*]

2. Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

A. Затрагиваемые активы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

81. Было высказано предположение, что в конце текста пункта 57 слова, взятые в скобки, следует либо исключить, поскольку они вводят в заблуждение, либо изменить, с тем чтобы в них содержалась ссылка на замену или приостановление полномочий должника управляющим в деле о несостоятельности.

Пункты 59–65 – активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

82. В отношении терминологии было предложено, чтобы в руководстве содержалась неизменная ссылка на "активы и права" должника, которые образуют имущественную массу.

83. Было отмечено, что сноска 1 к пункту 59 будет применяться только в том случае, если должник является физическим лицом, и что, по меньшей мере, законодательство о несостоятельности одной из стран предусматривает, что должник будет сохранять право на предъявление иска из личного вреда и ущерба репутации, но не в отношении любых связанных с этим убытков.

84. Было высказано мнение, что пункт 60 должен включать ясное положение, признающее необходимость затронуть права обеспеченных кредиторов для достижения цели реорганизации. Связанное с этим предложение заключалось в том, что в пункте 62 следует указать на необходимость четкого определения прав обеспеченных кредиторов, с тем чтобы появилась возможность оценить кредитные риски, следующим образом: "В законодательстве о несостоятельности необходимо ясно изложить права обеспеченных кредиторов, касающиеся их обеспечения". Это предложение получило поддержку.

85. Содержание пункта 61 было сочтено приемлемым.

86. Было отмечено, что пункт 63 касается только кредиторов, являющихся физическими лицами, и может быть перенесен в пункт 68 для обеспечения большей ясности. Еще одно предложение заключалось в том, что следует добавить дополнительные положения, касающиеся относимости положений иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности, к режиму совместной собственности при несостоятельности и к примерам совместной собственности, которая может затрагиваться при несостоятельности. Это предложение получило поддержку.

87. Была выражена озабоченность в связи с тем, следует ли включать в состав имущественной массы активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, а также в связи с обстоятельствами, при которых они могут использоваться в ходе производства по делу о несостоятельности (т. е. являются ли они частью имущественной массы). Хотя было отмечено, что данный вопрос об использовании активов рассматривается в главе III.C, было решено, что в пункте 64 следует обеспечить бóльшую ясность.

Пункты 66–68 – активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности

88. Было высказано предположение, что еще одним примером исключаемых активов являются активы, которые в соответствии с законодательством некоторых стран могут быть предметом рекламации, например товары, поставленные до открытия производства, но не оплаченные и подлежащие возвращению поставщику (при условии их идентификации и при соблюдении других применимых условий).

89. Содержание пункта 66 было сочтено в целом приемлемым.

90. Получило поддержку мнение о том, что пункт 67 не следует включать в раздел, посвященный исключениям; он должен входить в отдельный раздел. Кроме того, определенную поддержку получило предложение о том, что в данном пункте следует ясно указать на целесообразность того, чтобы имущественная масса состояла из всех активов должника, где бы они ни находились. В частности, было отмечено, что исключение иностранных активов может влиять на способность должника провести реорганизацию.

Пункты 69 и 70 – возвращенные активы

91. В целом было решено, что пункт 69 следует согласовать с итогами обсуждения положений, касающихся расторжения сделок и содержащихся в главе III.E, и в связи с этим упоминались различные виды сделок, подлежащих расторжению. Было предложено несколько добавлений к первому предложению текста: добавление слова "обременены" после слов "ненадлежащим образом" и исключение слова "переданы" перед словами "ненадлежащим образом"; ссылка на сделки, которые привели к несостоятельности, а не просто на те сделки, которые были заключены "в момент наступления несостоятельности"; и ссылка на сделки, сопряженные с подарками иным сторонам, чем кредиторы, например супругу или супруге, во время, когда должник является несостоятельным или стал несостоятельным в результате такого подарка. Было отмечено, что в трансграничном контексте те правовые системы, которые не предусматривают расторжения определенных видов сделок о передаче, могут столкнуться с трудностями с точки зрения признания и сотрудничества.

92. Было решено, что пункт 70 должен содержать перекрестные ссылки на другие разделы руководства, которые затрагивают несанкционированные сделки.

Рекомендации

93. В отношении положения о цели было предложено восстановить пункт *d)* с с учетом итогов обсуждения, касающегося обеспеченных кредиторов и активов, принадлежащих третьей стороне, с внесением в пункт *d)* и во вступительную часть текста соответствующих изменений, с тем чтобы отразить суть этого раздела, т. е. состав имущественной массы, а не последствия открытия производства.

94. Рабочая группа рассмотрела два предложения в отношении рекомендаций 27 и 28. Первое предложение заключалось в том, чтобы в конце первого предложения текста рекомендации 27 *a)* добавить слова "где бы они ни находились" и исключить рекомендацию 28, а второе предложение предусматривало изменение текста рекомендации 28 следующим образом: "...законодательство о несостоятельности должно конкретно указывать на то, будет ли имущественная масса включать все активы, где бы они ни находились". Оба предложения получили определенную поддержку, и превалирующее мнение заключалось в том, что с учетом решения Рабочей группы о включении в руководство Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности было бы целесообразным, чтобы руководство содержало решительное заявление в пользу универсального подхода. Было высказано предположение о том, что на случай, если какая-либо страна примет универсальный подход, руководство должно указывать на необходимость установления в законодательстве о несостоятельности четких правил, с тем чтобы обеспечить определенность для кредиторов, и должно затрагивать вопрос признания (и включать перекрестную ссылку на Типовой закон о трансграничной несостоятельности). Было также определено, что в комментарии следует признать, что некоторые страны могут пожелать принять иной подход.

95. В отношении рекомендации 29 были предложены два изменения: ссылку на физических лиц в названии восстановить, а слова "которые могут включать активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности" исключить.

B. Защита и сохранение имущественной массы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

96. В качестве метода работы Рабочая группа обсудила этот вопрос и решила сосредоточить свое внимание на рекомендациях, содержащихся в руководстве, с внесением в комментарий изменений, отражающих соответствующие итоги обсуждения и рассмотрения. Рабочая группа просила Секретариат отразить вопросы, обсуждавшиеся в контексте рекомендаций, в соответствующих частях комментария и согласовать эти тексты.

Рекомендации

97. Была выражена поддержка предложению о конкретном и детальном изложении второго варианта, взятого в квадратные скобки в тексте пункта *a)* положения о цели. В иных отношениях содержание этого положения является приемлемым.

98. Получило некоторую поддержку предложение, чтобы итоги предыдущего обсуждения Рабочей группой возможности того, что, вероятно, и не требуется уведомлять должника при исключительных обстоятельствах, были учтены при разработке рекомендаций, содержащихся в этом разделе, для сведения к минимуму вероятности причинения ущерба.

99. В отношении вступительной части текста рекомендации 30 были предложены следующие изменения: заменить слова "любой заинтересованной стороны" в третьей строке текста словами "должника, кредитора или третьих сторон", с тем чтобы отразить соглашение, достигнутое в отношении положения о цели; включить в четвертой строке текста после слова "активов" слова "и прав" и исключить из текста, взятого в квадратные скобки, слово "срочная" и снять квадратные скобки. Эти изменения получили поддержку.

100. Было предложено добавить в конце текста рекомендации 30 *a)* слова "по соответствующей просьбе".

101. Была выражена определенная озабоченность в связи с полномочиями, которые будут предоставлены управляющему в деле о несостоятельности согласно рекомендации 30 *b)* и которые могут быть слишком широкими для всех случаев, поскольку они могут зависеть от того, назначен ли управляющий в деле о несостоятельности для осуществления наблюдения или контроля над предприятием должника. Было сочтено, что способность осуществлять продажу должна быть более ограниченной во избежание возможных злоупотреблений со стороны управляющего в деле о несостоятельности, например в случае продажи всех активов. Вместе с тем была выражена поддержка предположения о том, что выражение "в рамках обычных коммерческих операций" и слово "включая" (которое может быть заменено словами "может включать") надлежащим образом снимают эту озабоченность. Было также отмечено, что режимы, установленные в некоторых странах, требуют предоставления управляющим в деле о несостоятельности гарантии в целях защиты от любых противоправных действий. Было предложено уточнить, что выражение "другое лицо" не касается должника. Была выражена некоторая поддержка предложению о снятии скобок в обеих частях текста рекомендации 30 *b)*, хотя было подчеркнуто, что второе выражение может и не быть необходимым, поскольку оно уже содержится во вступительной части текста.

102. Было высказано предположение, что перекрестная ссылка, содержащаяся в рекомендации 30 *d)*, должна распространяться на весь текст рекомендации 35, а не ограничиваться только пунктом *d)* этой рекомендации.

103. Было предложено, чтобы в первом предложении текста рекомендации 31 содержалась ссылка на физическое лицо или орган, уполномоченный принимать временные меры, а не на баланс обязанностей должника и временного управляющего в деле о несостоятельности. Другое предложение в отношении второго предложения текста этой рекомендации заключалось в том, что полномочия должника продолжать ведение своей коммерческой деятельности должны поддаваться ограничению даже в том случае, если временный управляющий в деле о несостоятельности не назначен. Был также внесен ряд предложений редакционного характера в отношении рекомендации 31: заменить во втором предложении текста слова "за исключением случаев, когда" словами "за исключением того, в какой мере" и заменить в этом же предложении текста слово "полномочия" либо словами "полномочия и права", либо словами "права и обязательства".

104. Было решено, что слово "может" в тексте рекомендации 32 должно быть заменено словом "должно" и что вступительная часть текста должна начинаться словами "в надлежащих случаях…" на том основании, что в сочетании с рекомендацией 33 они будут учитывать ситуации, когда должнику не было направлено уведомление. В ответ было высказано предположение о том, что необходимости в использовании такого подхода, возможно, не существует, поскольку уведомление о временных мерах может отграничиваться от уведомления об открытии производства.

105. В целом было решено, что в тексте рекомендации 33 необходимо добавить следующие слова: "если должнику не было заблаговременно направлено уведомление, то суд должен предписать, что [в течение … дней] [при срочной подаче ходатайства] [в течение разумного срока] [незамед-

лительно] должника следует заслушать с точки зрения возражения против всех или некоторых защитных мер, которые были приняты". Упор необходимо сделать на ограничение такого срока для предотвращения исчезновения всей стоимости коммерческого предприятия, причем это может быть предусмотрено в сноске к данной рекомендации. Было предложено, чтобы в руководстве отмечалось, что временные меры в любом случае следует подвергать периодическому обзору и возобновлению. Еще в одном добавлении к этой рекомендации было предложено предусмотреть санкции за неправомерное использование – "в той мере, в какой суд устанавливает, что временные меры были неправомерно приняты, он должен сохранять дискреционное полномочие на оценку издержек и определение размера сборов". Предложение редакционного характера в отношении рекомендации 33 заключалось в том, чтобы после слов "управляющий в деле о несостоятельности" было добавлено слово "должник". Кроме того, было предложено заменить слова "по своей собственной инициативе" словами о том, что должник всегда может быть заслушан судом, и о необходимости уведомлять о решении относительно внесения изменений. Альтернативное предложение заключалось в том, что за этими словами должны следовать слова "после направления надлежащего уведомления о слушании".

106. Было предложено добавить в конце текста рекомендации 34 следующие слова: "… или отказа или отклонения заявления об открытии производства". Было решено, что в ту часть руководства, которая касается рассмотрения вопросов компетенции, можно включить примечание по вопросу о том, будет ли состав суда, рассматривающего такие меры, таким же, что и состав суда, выносящего решение о принятии таких мер.

107. Было отмечено, что рекомендация 35 *a)* вытекает из статьи 23 Типового закона о трансграничной несостоятельности, но не является аналогичной этой статье. Для учета вопроса о сохранении требований было решено, что формулировки Типового закона и Руководства по его принятию будут включены в определенной форме в текст данной рекомендации. В отношении количественного определения требований было предложено исключить из рекомендации 35 *a)* данную ссылку и указать в комментарии, что суд всегда может предписать принятие защитных мер от действия моратория в связи с этим вопросом. Получило поддержку предложение о том, что рекомендация 35 *c)* не должна исключать возможность прекращения контракта, если данный контракт предусматривает дату прекращения, которая наступает после даты открытия производства.

108. Было высказано предположение, что в руководство можно было бы с пользой для дела добавить перечень исключений из правила об автоматическом установлении моратория, в том числе, например, в случае производства, в связи с которым должник обладает требованиями из личного вреда или из норм семейного права. Было решено, что такое исключение не должно распространяться на случаи деликта в отношении многих лиц, хотя заявители требований могут и иметь право добиваться принятия защитных мер от действия моратория на индивидуальной основе. После обсуждения Рабочая группа решила, что в руководстве следует указать на то, что законодательство о несостоятельности может предусматривать некоторые исключения из правила о моратории, и если это так, то такого рода исключения должны быть изложены весьма четко.

109. В отношении рекомендации 35 был внесен ряд поправок редакционного характера: в третьей строке текста пункта *a)* рекомендации 35 сделать ссылку на "активы и права имущественной массы" и изменить слова, взятые в скобки, в рекомендации 35 *a)* следующим образом: "сочтены судом срочными и необходимыми". Кроме того, было высказано предположение, что вторая часть текста пункта *a)*, начинающаяся словами "кроме как в той мере, в какой", может и не быть необходимой. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы исключить из рекомендации 35 *a)* слова "включая формализацию или принудительную реализацию обеспечительных интересов", поскольку этот вопрос урегулирован в рекомендации 40, которая содержит перекрестную ссылку на рекомендацию 35.

110. Было предложено, чтобы в рекомендации 36 указывалось на некоторые ограничения в отношении защитных мер, предусматриваемых этим положением.

111. По общему согласию, в рекомендации 37 слова "может предусматривать" следует заменить словами "должно предусматривать", а после слова "суд" необходимо добавить слова "после открытия производства".

112. После обсуждения было решено, что рекомендация 38 должна включать заявление о том, когда и в течение какого срока будут действовать временные меры (включая меры, указанные в рекомендации 36). В отношении мер, принимаемых автоматически при открытии производства, было предложено разъяснить в данных рекомендациях тот момент, что они будут применимыми "с момента принятия решения об открытии производства".

113. Содержание рекомендации 39 было сочтено приемлемым.

114. После обсуждения Рабочая группа решила, что выражение "в течение срока этого производства", содержащееся в рекомендации 40 *a)*, является ненадлежащим, поскольку оно создает впечатление, что мораторий может быть установлен на открытый срок. Рабочая группа не смогла достичь окончательного согласия в отношении альтернативного выражения, хотя и было решено уточнить, что данный срок является определенным. Внесенные предложения включали предложения о том, что мораторий будет действовать в течение срока, ведущего к разработке или утверждению плана реорганизации, или же в течение времени, в зависимости от того, что наступает раньше, когда i) такой план вступает в силу или же истекает любой установленный срок в отношении продолжительности автоматически применяемых мер, ii) производство прекращается или iii) суд предписывает принятие в интересах обеспеченного кредитора мер защиты от мер, которые могут быть автоматически применимыми. Была выражена некоторая поддержка в пользу последней формулировки. Рабочая группа решила изменить ссылку на число дней в рекомендации 30 *b)*, которая может быть перенесена из этого положения в сноску с сопровождающим ее примечанием о том, что такой срок является ориентировочным. В порядке пояснения было предложено в руководстве уточнить, что если обеспеченные кредиторы исключаются из имущественной массы, то они не будут охватываться действием моратория согласно рекомендации 40.

115. Было также решено, что ссылку на ущерб, содержащуюся в рекомендации 40 *b)* ii), следует заменить положением о том, что обеспеченный кредитор не будет надлежащим образом защищен, причем это понятие необходимо разъяснить в комментарии.

116. Была выражена определенная озабоченность в отношении сферы действия рекомендации 41 *a)*. В частности, был поставлен вопрос, должна ли эта рекомендация применяться как к ликвидации, так и к реорганизации. После обсуждения было решено, что она должна применяться к обоим видам производства, а в тексте следует дать надлежащее разъяснение. В отношении формулировки был внесен ряд предварительных предложений: заменить слова "на основаниях, в число которых могут входить следующие" словами "на основании решения суда"; добавить слова "и управляющий в деле о несостоятельности доказал, что они" перед словами "не являются необходимыми" в тексте рекомендации 41 *a)*; и исключить слова "в качестве функционирующей хозяйственной единицы" из текста рекомендации 41 *a)* ii).

117. Была также выражена озабоченность в отношении толкования рекомендации 41 *a)–c)* и, в частности, по поводу того, являются ли пункты *a)* и *b)* кумулятивными или исключительными. После обсуждения превалирующее мнение заключалось в том, что для предупреждения отмены моратория необходимо будет доказать, что данный актив имеет ценность для имущественной массы и что он является необходимым либо в целях реорганизации, либо для продажи коммерческого предприятия. Чтобы отразить это требование более ясно, было предложено разбить текст пункта *a*) на две части, затрагивающие в отдельности стоимость актива и необходимость его удержания. Другое предположение заключалось в том, что более надлежащий критерий может быть установлен путем более тесного увязывания рекомендаций 40 и 41 и принятия критерия максимизации стоимости, а не необходимости в интересах вероятной продажи. Было отмечено, что во вступительной части текста используются только слова "в число которых могут входить следующие", которые не указывают на исключительные требования и должны быть достаточно гибкими для учета выраженной озабоченности. Было высказано предположение, что отчасти трудности, возникшие в ходе обсуждения, могут объясняться различным толкованием слов "не имеют ценности". Поскольку эти слова могут буквально означать отсутствие ценности или могут означать, что обеспеченный кредитор обладает недостаточным обеспечением, а сумма требования превышает стоимость актива, служащего обеспечением, этот вопрос необходимо уточнить в данном тексте.

118. В отношении рекомендации 41 *b)* было предложено заменить ссылку на "[…] дней" менее конкретной ссылкой на предельный срок или период времени, устанавливаемый законодательством о несостоятельности или судом. Напоминалось о том, что аналогичное изменение следует произвести в отношении рекомендации 40 *b)*.

119. В качестве вопроса редакционного характера было предложено заменить в рекомендации 41 *c)* вторую ссылку на "активы" ссылкой на "обеспеченного кредитора". Кроме того, был поставлен вопрос о том, является ли использование слов "активы, служащие обеспечением" надлежащим, и было решено, что вопрос об их использовании необходимо рассмотреть в контексте руководства в целом.

120. В ответ на озабоченность в отношении того, каким образом будет применяться рекомендация 42 или, другими словами, когда будет учитываться уменьшение стоимости и какие факторы будут оцениваться, было высказано предположение, что эта рекомендация будет иметь значение только в том случае, когда освобождение, предусматриваемое согласно рекомендации 41, не предоставляется; данная рекомендация надлежащим образом относится к защите обеспеченных кредиторов, а не к уменьшению стоимости. Было отмечено, что, хотя рекомендация 41 уточняет, что кредитор должен добиваться освобождения от действия моратория, с учетом рекомендации 42 не вполне ясно, какая сторона может ходатайствовать о рассмотрении этого вопроса судом.

121. Было предложено уточнить формулировку рекомендации 42 следующим образом: "Законодательство о несостоятельности должно предусматривать рассмотрение судом утверждения обеспеченного кредитора об уменьшении стоимости активов, служащих обеспечением, и рассмотрение надлежащих мер защиты". Второе предложение текста и первая часть третьего предложения текста этой рекомендации будут оставаться в нынешней формулировке, а в третьем предложении текста после слов "снижение стоимости активов" будут добавлены слова "в результате автоматического принятия мер или использования активов, служащих обеспечением, имущественной массой". Формулировки пунктов *a)–c)* будут оставаться в своем нынешнем виде. Это предложение получило некоторую поддержку, хотя были высказаны определенные оговорки в преддверии более глубокого изучения предложенной формулировки. В одном случае была выражена озабоченность в связи с тем, что применение моратория само по себе не будет являться достаточным основанием для учета уменьшения стоимости активов, поскольку это может охватывать непредвиденное уменьшение стоимости, в отношении которого кредитор не должен получать компенсацию. В ответ было подчеркнуто, что данное предложение не предусматривает обязательного предоставления защиты, и были рассмотрены некоторые примеры случаев, когда вполне ясно, что уменьшение стоимости может фактически явиться результатом применения моратория без использования данного актива.

122. Еще одно предложение заключалось в том, что данную рекомендацию следует сформулировать в качестве общего принципа, предусматривающего необходимость достижения баланса между целями несостоятельности и защитой обеспеченного кредитора и случаями, в которых должны быть предоставлены необходимые надлежащие гарантии.

123. Было высказано предположение, что помимо рекомендаций 41 и 42, возможно, было бы полезным положение, разрешающее обеспеченному кредитору просить управляющего в деле о несостоятельности о высвобождении актива, служащего обеспечением, при определенных обстоятельствах (особенно тогда, когда данный актив не имеет ценности для имущественной массы) без необходимости официально ходатайствовать об освобождении от действия моратория, и предоставляющее управляющему в деле о несостоятельности полномочия на это.

124. После обсуждения для рассмотрения Рабочей группой в будущем был предложен нижеследующий пересмотренный проект рекомендации 42.

> 42) В законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться, что в случаях, когда стоимость активов, служащих обеспечением, не превышает суммы обеспеченного требования или когда ее будет недостаточно для удовлетворения обеспеченного требования, если стоимость активов, служащих обеспечением, сокращается в результате введения автоматических мер или использования активов, служащих обеспечением, в интересах имущественной массы, обеспеченному кредитору может быть предоставлена защита. В законода-

тельстве о несостоятельности [также] должно предусматриваться, что суд рассматривает утверждения обеспеченных кредиторов о сокращении стоимости активов, служащих обеспечением, а также вопрос о надлежащих мерах защиты, таких как:

a) выплаты наличных средств за счет имущественной массы;

b) предоставление дополнительного обеспечения; или

c) такие другие средства, которые, по мнению суда, обеспечат надлежащую защиту.

[*Примечание: В комментарии руководства в той мере, в которой этого уже не сделано, будет отмечаться, что в случаях, когда стоимость обремененных активов превышает сумму обеспеченного требования и когда она является достаточной для удовлетворения обеспеченного требования, необходимость в защите может и не возникнуть.*]

C. Использование активов и распоряжение ими (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

Рекомендации

125. Содержание положения о цели было в общем сочтено приемлемым.

126. В отношении вступительной части текста рекомендации 43 было отмечено, что, возможно, является ненадлежащей ссылка на продолжение операций по "разрешению", и была предложена следующая формулировка: "В случае необходимости продолжения операций предприятия…". Это предложение получило поддержку. Кроме того, было подчеркнуто, что в процессе ликвидации должник, как правило, будет утрачивать свою способность распоряжаться активами, что не имеет места при реорганизации, и данную рекомендацию, возможно, потребуется разделить, с тем чтобы более ясно отразить эти различия. Это предложение получило определенную поддержку.

127. Было отмечено, что управляющий в деле о несостоятельности не всегда и не во всех правовых системах имеет право продавать активы, однако может выполнять функции доверительного собственника или лица, осуществляющего надзор. В таком случае положения рекомендации 43 *a)* не могут применяться. Смежное замечание заключалось в том, что данная рекомендация касается только тех случаев, в которых управляющий в деле о несостоятельности был назначен, и, возможно, было бы ненадлежащим предоставлять такие полномочия должнику, удерживающему владение. В ответ было отмечено, что законодательство о несостоятельности некоторых стран не разрешает должнику, удерживающему владение, сохранять эти полномочия. Еще одна точка зрения заключалась в том, что в пункте *a)* могла бы содержаться ссылка на должника, находящегося под надзором или контролем со стороны управляющего в деле о несостоятельности. Этот подход получил некоторую поддержку. После обсуждения было решено, что, возможно, потребуется отразить различные варианты.

128. Была выражена озабоченность в связи с тем, что выражение "использовать, продавать или сдавать в аренду" является слишком узким и его следует расширить, с тем чтобы оно охватывало другие средства, с помощью которых активы могут быть отчуждены от имущественной массы, например залог, обременение или иное отчуждение.

129. Была выражена поддержка предложению о сохранении в квадратных скобках в тексте рекомендации 43 *b)* формулировки, которая содержит ссылку на суд и на другие рекомендации, касающиеся использования активов, служащих обеспечением, и активов, принадлежащих третьим сторонам, а также о замене ссылки на "кредиторов" ссылкой на "комитет кредиторов" и указании на это как на альтернативу утверждению судом. Противоположное мнение заключалось в том, что требование об утверждении кредиторами или комитетом кредиторов может быть слишком обременительным, причем все, что требуется, – это направление уведомления кредиторам и предоставление им возможности оспорить предлагаемые меры. Иная точка зрения, которая получила определенную поддержку, заключалась в том, что упор следует сделать на комитет кредиторов и что утверждения судом не следует требовать. В ответ на озабоченность в отношении значения слов "обычные коммерческие операции" было подчеркнуто, что это выражение повсеместно используется в контексте несостоятельности, однако в комментарий можно было бы включить некое дополнительное разъяснение.

130. После обсуждения для рассмотрения Рабочей группой в будущем был предложен нижеследующий пересмотренный проект рекомендации 43.

43) Для случаев, когда в рамках реорганизационного производства предусматривается продолжение операций предприятия должника, законодательство о несостоятельности должно:

a) разрешать должнику, под надзором управляющего в деле о несостоятельности, использовать, продавать, передавать в залог, сдавать в аренду или иным образом распоряжаться активами имущественной массы или обременять такие активы в ходе обычных коммерческих операций;

b) разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать, продавать, передавать в залог, сдавать в аренду или иным образом распоряжаться активами имущественной массы или обременять такие активы в ином порядке, чем в ходе обычных коммерческих операций, при условии утверждения судом, если только затрагиваемые кредиторы не дадут своего согласия [и в соответствии с содержащимися в руководстве рекомендациями об использовании активов, служащих обеспечением, и активов, принадлежащих третьим сторонам].

43A) Для тех случаев, когда в рамках ликвидационного производства предусматривается продолжение операций предприятия должника, законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать, продавать, сдавать в аренду, закладывать или иным образом распоряжаться активами имущественной массы или обременять такие активы в ходе обычных коммерческих операций, однако должно требовать утверждения судом, если активы предполагается использовать, продать или сдать в аренду вне рамок обычных коммерческих операций.

131. В отношении рекомендаций 44 и 45 была выражена определенная озабоченность в связи с тем, что в этих положениях вновь затрагиваются вопросы, урегулированные в рекомендациях 41 и 42, и что их можно было бы заменить общей рекомендацией о том, что активы, служащие обеспечением, могут использоваться в ходе производства при условии принятия мер защиты, предусмотренных в данных предыдущих рекомендациях. В поддержку этого

предложения было отмечено, что если активы, служащие обеспечением, должны быть включены в состав имущественной массы, как это предусмотрено в рекомендации 27, то не будет необходимости включать такое дополнительное положение, как рекомендация 44. Была выражена поддержка предложению о включении общей ссылки на рекомендации 41 и 42 следующего содержания: "Имущество, обремененное обеспечительными интересами, может быть использовано, однако права и интересы обеспеченных кредиторов [или собственника] должны быть защищены, как это предусматривается в рекомендациях 40–42", причем эту ссылку необходимо будет согласовать с текстом рекомендации 43.

132. В той мере, в какой рекомендация 46 затрагивает активы, находящиеся во владении должника, при условии соблюдения договорных положений, было высказано предположение, что законным местом этой рекомендации является глава III.D ("Режим в отношении контрактов"). Кроме того, было предложено, чтобы данная формулировка была более ограничительной; была также предложена формулировка, предусматривающая, что управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, которые не являются частью имущественной массы в деле о несостоятельности, но которые находятся во владении или под контролем должника и которые могут правомерно использоваться этим должником (или использоваться этим должником с согласия данной третьей стороны).

133. В отношении рекомендации 47 было высказано предположение о том, что в ней вновь говорится о мерах защиты, которые должны приниматься в интересах обеспеченных кредиторов и которые, вероятно, могут быть предусмотрены с помощью перекрестной ссылки на другие рекомендации. После обсуждения была выражена некоторая поддержка предложению об исключении текста обеих рекомендаций 46 и 47 из главы III.C и его замене перекрестной ссылкой на главы III.B или III.D, а также обеспечении того, чтобы данные вопросы надлежащим образом были урегулированы в главах III.B и III.D.

134. Было высказано предположение, что нецелесообразно требовать согласия кредиторов в рекомендации 48 и что всего лишь требуются направление уведомления и предоставление возможности возражать против предлагаемых мер. Было отмечено, что, возможно, было бы нецелесообразным наделять такими полномочиями должника, удерживающего владение, в случае если управляющий в деле о несостоятельности не был назначен.

135. Было отмечено, что содержащаяся в рекомендации 49 ссылка на "разумные указания" на то, что обеспеченный кредитор может продавать активы с большей легкостью, чем управляющий в деле о несостоятельности, является слишком субъективным критерием, и была выражена широкая поддержка принятию более объективного подхода. В отношении использования слов "не имеют ценности" было отмечено, что такие же слова используются в других частях текста руководства, и было предложено заменить их словами "если сумма обеспеченного требования превышает стоимость актива". Было также предложено добавить перекрестную ссылку на рассмотрение требований, особенно на тот момент, что в отношении требования обеспеченного кредитора следует установить ограничение, если актив высвобождается ему. Что касается слов, взятых в квадратные скобки во втором предложении текста, то слово "может" было сочтено более приемлемым.

136. После обсуждения рекомендации 50 Рабочая группа решила: i) сохранить в последнем предложении текста рекомендации 50 слова "с разрешения суда", взятые в квадратные скобки; ii) заменить ссылку на разрешение кредиторов ссылкой на разрешение комитета кредиторов или иного органа кредиторов и изложить такую ссылку в качестве альтернативы; iii) обеспечить, чтобы данное положение было направлено на продажу за рамками обычных коммерческих операций; и iv) внести в комментарий добавление, касающееся требований в отношении уведомления и публичности для проведения публичного аукциона. Была выражена определенная поддержка предложению разрешить направление уведомления, а не одобрение, кредиторам при условии существования для кредиторов возможности оспорить продажу в суде в случае, если они ее не одобрили. Была также выражена некоторая поддержка предложению о том, чтобы рекомендация 50 сосредоточивалась исключительно на методах продажи.

137. В число предложений редакционного характера входили предложение о включении слов "за рамками обычных коммерческих операций" после слов "уведомление о любых продажах" и после слов "осуществление частных продаж", а также предложение об исключении двух выражений, взятых в квадратные скобки в первом предложении текста. Альтернативное предложение предусматривало снятие скобок вокруг выражения "за рамками обычных коммерческих операций" и включение этого выражения после слов "методы продажи", а также снятие квадратных скобок вокруг выражения "в рамках ликвидации или реорганизации".

138. Была выражена поддержка предложению о включении положения, предусматривающего, что при обстоятельствах, когда требуется срочная продажа активов, например в том случае, когда может наступить быстрое снижение стоимости активов, уведомление кредиторов или суда и/или их разрешение на это могут и не быть необходимыми или же такое разрешение может быть дано после продажи. Предложенное добавление к рекомендации 50 предусматривало, что предлагаемая продажа лицам, входящим во внутренний круг, должна быть тщательно проверена, прежде чем она будет разрешена. Кроме того, было предложено изменить порядок расположения рекомендаций, с тем чтобы рекомендация 50 была включена до рекомендаций 48, 49 и 51 или же после них.

139. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что сноску 5 к рекомендации 51 следует исключить, поскольку она излишне ограничивает основания, на которых обеспеченный кредитор может возражать против продажи, и что к рекомендации 51 следует добавить новое положение, предусматривающее, что если поступления от продажи превышают сумму обеспеченного требования, то нет необходимости в принятии мер защиты в интересах обеспеченного кредитора. В отношении рекомендации 51 *b)* были высказаны разные мнения в том, что касается стороны, которой кредитор может представить свое возражение, причем была выражена некоторая поддержка предложению об изменении этого предложения текста следующим образом: "представить свои возражения [суду или управляющему в деле о несостоятельности в отношении]".

140. Было высказано предположение о необходимости определенной детализации в отношении процедуры определения стоимости актива, подлежащего продаже, и что такие детали можно было бы включить в комментарий. Было внесено предложение добавить к рекомендации 51 положение, предусматривающее, что даже в том случае,

если суд разрешил продажу, хотя оферта в отношении данного актива была ненадлежащей, обеспеченный кредитор сохраняет право представить встречное требование в связи с конкурсной заявкой для защиты своего интереса.

D. Режим в отношении контрактов (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

Рекомендации

141. Было решено сохранить в тексте пункта *b)* положения о цели слова "и кем" и снять квадратные скобки.

142. Содержание рекомендации 52 было сочтено приемлемым.

143. Рабочая группа решила внести в рекомендацию 53 следующие изменения: во вступительной части текста оставить слово "должно"; заменить слова "право на прекращение" словами "автоматическое прекращение", с тем чтобы устранить впечатление, что рекомендация 53 может также относиться к выбору прекратить контракт; и перенести положения пунктов *c)* и *d)* рекомендации 53 в комментарий. Было также решено, что в комментарии следует отметить, что рекомендация 53 относится только к тем ситуациям, в которых контракты могут быть аннулированы, и что ее положения не являются исключительными. Было предложено включить в комментарий разъяснение, согласно которому суд может изучить аналогичные виды договорных положений, которые имели бы своим последствием прекращение таких событий.

144. Было отмечено, что нынешняя формулировка рекомендации 53 относится ко всем видам контрактов, однако некоторые виды контрактов, например контракты о заимствовании денежных средств, должны быть исключены. Предложения редакционного характера включали следующее: добавить в начале текста рекомендации 53 слова "в момент открытия производства по делу о несостоятельности"; снять квадратные скобки, в которые взяты слова "в отношении управляющего в деле о несостоятельности", и добавить слова "и должника"; а также исключить слова "или определяет их в качестве события неисполнения".

145. Рабочая группа решила, что содержание рекомендации 54 является приемлемым при условии урегулирования в рекомендациях 53 и 56 вопроса о последствиях для другой договаривающейся стороны и о ее правах. Это включает направление такой договаривающейся стороне уведомления о решении управляющего в деле о несостоятельности и о способности этой стороны оспорить такое решение. Было также отмечено, что были высказаны разные мнения в отношении необходимости получения разрешения суда при таких обстоятельствах, причем этот вопрос можно было бы рассмотреть в комментарии.

146. Что касается исключения, взятого в скобки в тексте рекомендации 55, то было предложено изъять его из текста на том основании, что в случае продолжения исполнения контракта должно быть обеспечено соблюдение всех его условий. На том основании, что управляющий в деле о несостоятельности не должен нести ответственность за нарушение положения об автоматическом прекращении, было предложено предусмотреть это исключение после слова "и" и перед словом "убытки", с тем чтобы увязать его конкретно с убытками, а не с возможностью принудительного исполнения. Была выражена определенная озабоченность в отношении возможной ответственности управляющего в деле о несостоятельности, возникающей на основании слов "нарушение контракта управляющим в деле о несостоятельности", и после обсуждения было решено исключить ссылку на управляющего в деле о несостоятельности, а также изъять из текста это исключение. В отношении использования слова "продолжается" было предложено использовать иное выражение, например "заключается" или "предполагается", с тем чтобы разъяснить, что убытки будут иметь значение только в связи с теми контрактами, исполнение которых управляющий в деле о несостоятельности действительно решил продолжать. Была выражена озабоченность в связи с тем, что данные рекомендации не затрагивают контракты, которые не известны управляющему в деле о несостоятельности, и режима в отношении них. В частности, было высказано предположение, что отказ управляющего в деле о несостоятельности учитывать такие контракты не должен быть равнозначным решению продолжать их исполнение.

147. Предложения в отношении формулировки рекомендации 56 предусматривали, что слова "во время открытия производства по делу" заменяются словами "до открытия производства"; что в пункт *a)* включается ссылка на способность "имущественной массы"; что ссылки на "продолжение" должны означать ссылки на "продолжение исполнения", причем это относится как к рекомендации 56, так и ко всему тексту руководства; что слова "принимать решение" должны использоваться неизменно во всем тексте руководства или же следует использовать иную формулировку для указания на контракты, исполнение которых управляющий в деле о несостоятельности принял положительное решение продолжить; и что в рекомендации 56 *b)* сохраняется слово "представит".

148. Было решено, что поскольку формулировка "может быть исправлено" в рекомендации 56 *a)* является слишком широкой и уязвимой с точки зрения злоупотреблений, ее следует исключить. Вместе с тем было отмечено, что обязательство исправить неисполнение не должно быть абсолютным и что в рекомендации 56 *a)* после слова "восстанавливается" следует добавить слово "в значительной мере". Использование слов "надлежащие заверения" было поставлено под сомнение, а в ответ было высказано предположение, что требуется всего лишь гарантия исполнения со стороны управляющего в деле о несостоятельности. Было решено, что, возможно, потребуется затронуть контракты, как бы они ни назывались, предусматривающие предоставление жизненно важных услуг, таких как водо- и энергоснабжение, но что формулировка, взятая в квадратные скобки в рекомендации 56 *b)*, не является приемлемой. Должнику необходимо обеспечить, особенно в случае принудительной подачи заявления об открытии производства, доступ к таким услугам, и на том основании, что он может выполнить свои обязательства, возникшие после открытия производства, предоставление таких услуг должно продолжаться. Было высказано предположение, что в комментарий можно было бы добавить некоторые примеры, касающиеся видов рассматриваемых контрактов.

149. В отношении отказа от исполнения контракта было отмечено, что некоторые правовые системы не предусматривают предоставления полномочия на отказ от исполнения контракта, поскольку исполнение контракта просто прекращается, если только данный контракт не был утвержден управляющим в деле о несостоятельности. На этом основании было предложено рассмотреть этот вариант в комментарии и заменить в рекомендации 57 слово "должно" словом "может". После обсуждения содержание данной рекомендации было сочтено приемлемым при условии внесения в нее предложенной поправки.

150. Содержание нынешних формулировок рекомендаций 58 и 59 было сочтено приемлемым. Содержание рекомендации 60 было сочтено приемлемым при условии снятия квадратных скобок и сохранения обоих текстов.

151. В ответ на озабоченность по поводу того, что срок отказа от исполнения контракта, предусмотренный в рекомендации 61, не должен иметь обратной силы, было высказано предположение, что эту проблему можно преодолеть с помощью требования о том, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало такой срок. Любые вопросы в отношении целесообразности допущения обратной силы должны быть рассмотрены в руководстве.

152. В отношении рекомендации 62 предложенные изменения заключались в следующем: добавить слово "положительное" перед словом "решение" и снять скобки, в которые взят последующий текст; заменить во вступительной части текста слово "может" словом "должно"; заменить во втором предложении текста слово "может" словом "должен"; и заменить слово "срок" словами "период времени". В отношении текста, взятого в скобки, было предложено, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало конкретные сроки в тех случаях, когда требуется принятие решения. В отношении второго предложения текста рекомендации 62 было предложено рассмотреть в комментарии последствия непринятия решения. Один из приведенных примеров касался невозможности обеспечения исполнения контракта, и было высказано предположение, что любые положения, добавленные в связи с последствиями, должны учитывать возможное различие между ликвидацией и реорганизацией. Напоминалось о том, что в пункте 140 комментария, возможно, этот вопрос урегулирован надлежащим образом, причем такой подход получил поддержку. Еще одно предположение заключалось в том, что к рекомендации 92 *d)* можно было бы добавить ссылку на включение перечня контрактов.

153. Рабочая группа решила сохранить в начале текста рекомендации 63 слова, взятые в квадратные скобки, и исключить эти скобки, а также улучшить данную формулировку следующим образом: "незамедлительно принять решение". Получило поддержку предположение, что наличие ущерба никогда не должно быть условием направления просьбы о принятии решения и что следует исключить слова после слов "в отношении контракта". Для того чтобы учесть то, что может произойти в том случае, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает решения, было предложено изменить данный текст следующим образом: "законодательство о несостоятельности должно позволять контрагенту просить управляющего в деле о несостоятельности или суд в случае, когда управляющий в деле о несостоятельности не принимает решения, о том, чтобы управляющий в деле о несостоятельности незамедлительно принял решение". Это позволило бы контрагенту просить суд о вынесении управляющему в деле о несостоятельности предписания принять решение, если управляющий этого не сделал.

154. После обсуждения было решено, что рекомендация 64 не является необходимой и ее можно исключить наряду со вступительной частью текста рекомендации 65 вплоть до слов "законодательство о несостоятельности", и сохранить в рекомендации 65 слова "может предусматриваться". Было также решено, что пункт *c)* рекомендации 66 должен быть включен в рекомендацию 65 в качестве предварительного условия уступки. Было предложено добавить в рекомендации 66 *a)* после слова "обязательство" слова "возникшее после открытия производства" для обеспечения большей ясности. Было решено, что слова, взятые в квадратные скобки в рекомендации 66 *c)*, будут сохранены, а данное выражение будет изменено следующим образом: "является необходимой или благоприятной для имущественной массы", и будет охватывать и реорганизацию, и ликвидацию. В таком случае остальные слова можно было бы исключить. Предложение о включении в текст рекомендации 66 дополнительного предложения следующего содержания: "Законодательство о несостоятельности может далее предусматривать, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве договаривающейся стороны с даты уступки и после такой даты" – получило некоторую поддержку. В отношении выражения о неоправданном ущербе или невыгодном положении было после обсуждения решено, что оба эти варианта следует сохранить в качестве возможных альтернатив. В ответ на вопрос о необходимости исправить неисполнение до уступки контракта было решено, что этот вопрос следует затронуть в комментарии.

155. Было выражена определенная озабоченность в отношении цели рекомендации 67 и контрактов, которые должны быть включены. Было в целом решено, что трудовые контракты следует рассматривать с учетом применимых международных режимов. После обсуждения Рабочая группа согласилась с необходимостью включения общего положения, касающегося специального режима в отношении определенных видов контрактов и включающего некоторые примеры, такие как трудовые контракты.

156. Рабочая группа решила исключить из рекомендации 68 ссылку на "обычное ведение коммерческих операций". Было высказано предположение, что в эту рекомендацию можно было бы включить перекрестную ссылку для учета контрактов, заключенных после открытия производства, которые могут подлежать расторжению или могут быть несанкционированными.

E. Процедура расторжения сделок (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Рекомендации

157. В отношении положения о цели Рабочая группа решила использовать в тексте пункта *a)* слова "воссоздать" и "равный", а в тексте пункта *b)* сохранить все слова, взятые в квадратные скобки, и заменить слово "или" словом "и".

158. В отношении рекомендации 69 Рабочая группа решила заменить ссылку на "общую стоимость" ссылкой на "стоимость имущественной массы" и сохранить слово "равный", а не слово "справедливый". Слова, взятые в квадратные скобки "[или несанкционированных сделок, совершенных после [подачи заявления] открытия производства]", следует привести в соответствие с формулировкой, согласованной в положении о цели.

159. Рабочая группа обсудила ряд аспектов, касающихся критериев расторжения сделок, установленных в рекомендации 70, и в отношении пункта *a)* решила, что слова "путем, например, перевода активов любой третьей стороне" должны быть исключены, а подчеркнутый текст должен быть сохранен. В отношении вопроса об осведомленности третьей стороны превалирующее мнение заключалось в поддержке замены этого требования требованием, чтобы "третья сторона знала или должна была знать" о таком на-

мерении должника. Возражения, которыми может воспользоваться третья сторона, следует более подробно рассмотреть в контексте рекомендаций 79 и 80, касающихся вопросов доказывания. Для учета альтернативного предложения, согласно которому виды сделок, указанные в пункте *a),* могут подлежать расторжению в случае несостоятельности должника, причем в таком случае осведомленность, которая требуется от третьей стороны, будет относиться к факту несостоятельности, в руководство можно было бы включить дополнительное положение. Было также решено, что в пунктах *b)* и *c)* слово "несостоятельный" необходимо сохранить, а слова "прекратил платежи" исключить, причем термин "несостоятельный" следует определить с помощью ссылки на итоги предыдущего обсуждения Рабочей группой этого вопроса в контексте критериев открытия производства и более подробно разъяснить как в комментарии, так и в глоссарии.

160. Рабочая группа согласилась с тем, что в рекомендации 71 затрагиваются два момента, которые должны быть сохранены в руководстве: i) если обеспечительный интерес является действительным или имеет силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности, то законодательство о несостоятельности должно признавать такую действительность или силу и возможность принудительной реализации; и ii) невзирая на то что обеспечительный интерес может быть действительным или может иметь силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, на него все еще может распространяться действие положений о расторжении сделок, содержащихся в законодательстве о несостоятельности. Рабочая группа не решила вопрос о месте включения первого принципа в руководство. Что касается второго принципа, то было поддержано предложение отразить содержание сноски 3 в рекомендации 69, с тем чтобы лучше разъяснить, что имеется в виду.

161. Был предложен ряд изменений в отношении рекомендации 72. Было предложено исключить пункт *a)*, поскольку он не является необходимым. В ответ на предложение о замене слова "может" словом "должен" в тексте пункта *b)* было высказано мнение о том, что, поскольку никакие конкретные сроки не рекомендуются, весьма трудно понять, каким образом или по какой причине данный период должен быть более продолжительным для лиц, связанных с должником, если "подозрительный" период, применимый в случае, когда речь идет о лице, не связанном с должником, уже является длительным периодом времени, и что слово "может" следует сохранить. Было предложено разделить пункт *c)* на два пункта, причем один из них будет касаться вопроса презумпций, а другой будет переносить бремя доказывания, требуемого для содействия расторжению сделок, причиняющих ущерб имущественной массе. Было отмечено, что, поскольку термин "лица, связанные с должником" может охватывать целый ряд и физических, и юридических лиц, его следует определить в глоссарии.

162. Было решено, что содержание рекомендаций 73 и 74 является приемлемым.

163. В отношении рекомендации 75 Рабочая группа решила, что "подозрительный" период должен быть "рассчитан ретроспективно" либо с даты подачи заявления об открытии производства, либо с даты открытия производства, причем оба эти варианта следует сохранить в данной рекомендации и подробнее пояснить в комментарии.

164. Были высказаны разные мнения в отношении желательности того, чтобы кредиторы могли возбуждать процедуру расторжения сделок, и в отношении того, должна ли такая способность дополнять или заменять способность такого рода управляющего в деле о несостоятельности, а также в отношении того, будет ли требоваться одобрение суда (рекомендация 76). Одно из мнений заключалось в том, что кредиторы могут возбуждать процедуру расторжения сделок только в том случае, если управляющий в деле о несостоятельности решил этого не делать или если управляющий в деле о несостоятельности согласен с тем, что такая процедура должна быть возбуждена кредиторами. В поддержку этого мнения указывалось на необходимость уважать центральную роль и обязанности управляющего в деле о несостоятельности, касающиеся управления имущественной массой. В любом случае, как было отмечено, законодательство о несостоятельности должно подчеркивать, что цель действий по расторжению сделок заключается в возвращении стоимости или активов в состав имущественной массы, а не в предоставлении выгод какой-либо другой стороне. В качестве иного подхода, как было отмечено, законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что согласие кредиторов или большинства кредиторов требуется для того, чтобы управляющий в деле о несостоятельности предпринял действия по расторжению сделок. Кредиторы, которые не согласились с тем, чтобы управляющий в деле о несостоятельности предпринял такие действия, могут сами предпринять такого рода действия на свой риск.

165. Другое мнение заключалось в том, что если кредиторам разрешено предпринимать действия по расторжению сделок, то эта способность должна обусловливаться одобрением суда, хотя было также отмечено, что в некоторых странах может быть вполне проблематичным требовать одобрения суда для возбуждения такой процедуры. В случае возможного возникновения вопроса о злоупотреблениях кредиторов, если кредиторы смогут свободно предпринимать действия по расторжению сделок, в отношении таких кредиторов могут быть применены санкции или же от них может требоваться возмещение издержек, связанных с такими действиями. Еще одно мнение заключалось в том, что одобрения суда не следует требовать в обычном порядке, но что полномочие кредиторов предпринимать такого рода действия должно зависеть от согласия в первую очередь управляющего в деле о несостоятельности. Если управляющий в деле о несостоятельности не дает своего согласия, то в таком случае кредиторы могут испрашивать одобрение суда, а управляющий в деле о несостоятельности будет обладать правом быть заслушанным по вопросу о том, почему действия по расторжению сделок не следует предпринимать. Было отмечено, что такой подход является желательным также для предотвращения возможного сговора между различными сторонами. После обсуждения было высказано превалирующее мнение, заключающееся в том, что кредиторы могут обладать полномочием предпринимать действия по расторжению сделок, но сначала они должны проконсультироваться с управляющим в деле о несостоятельности, и если управляющий в деле о несостоятельности не дает своего согласия, они могут испрашивать одобрение суда (который может дать разрешение предпринять действия по расторжению сделок или заслушать дело по существу).

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать седьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: записка Секретариата (A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add.3-15) [Подлинный текст на английском языке]

ИСХОДНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии (1999 год) было представлено предложение Австралии (A/CN.9/462/Add.1) о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности. В этом предложении содержалась рекомендация 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 заинтересованными 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 законодательства о несостоятельности юридических лиц в целях поощрения и содействия установлению эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

2. В Комиссии было признано важное значение надежных режимов несостоятельности для всех стран. Было высказано мнение, 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 окончательное решение о том, чтобы учредить рабочую группу для подготовки типового законодательства или иного текста, не изучив предварительно работу, уже проделанную другими организациями, и не проведя рассмотрение 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.

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 (Международная федерация ИНСОЛ) 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. На своей двадцать четвертой сессии (Нью-Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года) Рабочая группа по законодательству о несостоятельности начала свою работу с рас-

---

[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.

смотрения 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) и двадцать шестой (Нью-Йорк, 13–17 мая 2002 года) сессиях Рабочей группы. Доклады о работе этих сессий содержатся в документах A/CN.9/507 и A/CN.9/511, соответственно.

9. На ее тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссии были представлены доклады о работе двадцать четвертой, двадцать пятой и двадцать шестой сессий Рабочей группы. Комиссия приняла к сведению, что на своей двадцать шестой сессии Рабочая группа обсудила возможные сроки завершения своей работы и сочла, что ей будет удобнее представить Комиссии свою рекомендацию после окончания ее двадцать седьмой сессии (Вена, 9–13 декабря 2002 года), когда у нее будет возможность рассмотреть последующий проект руководства для законодательных органов. Комиссия просила Рабочую группу продолжить подготовку руководства для законодательных органов и определиться в отношении завершения упомянутой работы на своей двадцать седьмой сессии[3].

10. В настоящей записке и добавлениях к ней излагается пересмотренный текст проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Документы A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3-15 будут представлены на рассмотрение Рабочей группы на ее двадцать седьмой сессии; документы A/CN.9/WG..V/WP.63/Add.1, 2, 16 и 17 будут представлены на рассмотрение Рабочей группы на ее двадцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 24–28 февраля 2003 года). Документ A/CN.9/WG..V/WP.64 призван способствовать обсуждению этих вопросов Рабочими группами V и VI на их совместной сессии 16 декабря 2002 года и содержит те пункты и рекомендации проекта руководства по вопросам несостоятельности, которые касаются статуса обеспеченных кредиторов при несостоятельности.

11. Главы проекта руководства содержатся в следующих добавлениях:

Часть первая

Add.1 Глоссарий и преамбула (Ключевые цели)

Часть вторая

Глава I. Введение к процедурам несостоятельности

Add.2 A (Общие черты режима несостоятельности); B (Виды производства по делу о несостоятельности); C (Структура режима несостоятельности)

Глава II. Подача заявления и открытие производства

Add.3 A (Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция)

Add.4 B (Открытие производства)

Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

Add.5 A (Затрагиваемые активы)

Add.6 B (Защита и сохранение имущественной массы)

Add.7 C (Использование активов и распоряжение ими)

Add.8 D (Режим в отношении контрактов)

Add.9 E (Процедура расторжения сделок); F (Зачет, взаимозачет и финансовые контракты)

Глава IV. Участники и учреждения

Add.10 A (Должник); B (Управляющий в деле о несостоятельности)

Add.11 C (Кредиторы); D (Учреждения)

Глава V. Реорганизация

Add.12 A (Реорганизация); B (Упрощенная реорганизационная процедура)

Глава VI. Введение производства

Add.13 A (Требования кредиторов)

Add.14 B (Финансирование после открытия производства); C (Приоритеты и распределение)

Add.16 D (Защита кредитора и должника); E (Объединение производства) [новые разделы]

Глава VII. Итоги производства

Add.15 A (Освобождение от обязательств); B (Завершение производства)

Add.17 Выбор права [новый раздел]

12. Комментарии и рекомендации, содержащиеся в этих добавлениях, были пересмотрены с учетом итогов предыдущего обсуждения Рабочей группой. Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства. Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций выделены подчеркиванием. Вариант текста глоссария, преамбулы и Части первой проекта руководства, который будет представлен Рабочей группе, содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.57.

[3] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 194.

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.B содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4. Главы III–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая	*Пункты*	*Стр.*
II. ПОДАЧА ЗАЯВЛЕНИЯ И ОТКРЫТИЕ ПРОИЗВОДСТВА		201
A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция	1–13	201
1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, охватываемых законодательством о несостоятельности	1–6	201
2. Юрисдикция	7–13	203
Рекомендации	11–16	204

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

II. 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, охватываемых законодательством о несостоятельности

1. Важным принципиальным вопросом при разработке общих положений законодательства о несостоятельности, касающихся должников, которые занимаются коммерческой деятельностью, являются установление и четкое определение круга должников, которые будут подпадать под действие такого законодательства. Если какой-либо должник исключается из сферы применения соответствующих процедур, то он не будет пользоваться обеспечиваемой этими процедурами защитой и на него не будут распространяться предусматриваемые требования. Это свидетельствует в пользу применения всеобъемлющего подхода к разработке положений законодательства о несостоятельности с ограниченным числом исключений. Разработка положений, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и определяющих те категории должников, активы которых могут быть ликвидированы или реорганизованы, а также любых должников, которые будут исключаться из сферы применения этого законодательства, сопряжена с двумя вопросами. Во-первых, с вопросом о том, следует ли проводить в таком законодательстве различие между должниками – физическими лицами и должниками, которые являются предприятиями или корпорациями с ограниченной ответственностью в определенной форме, поскольку с каждой из этих категорий связаны не только различные принципиальные соображения, но и соображения, касающиеся социальных и других подходов, а во-вторых, с вопросом о том, какие категории должников (независимо от того, является ли данный должник юридическим или физическим лицом) должны быть исключены из сферы применения законодательства о несостоятельности, если вообще необходимо исключать из нее каких бы то ни было должников.

2. 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 указанными исключениями, например такими исключениями, которые рассматриваются ниже. Другие страны проводят различие между индивидуальными должниками (физическими лицами) и должниками, являющимися юридическими лицами, и предусматривают различные положения законодательства о несостоятельности в отношении каждой категории таких должников. В соответствии с еще одним подходом проводится различие между юридическими или физическими лицами на основе критерия их участия в коммерческой (или потребительской) деятельности. В положениях такого законодательства некоторых стран затрагивается несостоятельность "торговцев", которые определяются с помощью ссылки на участие в коммерческой деятельности в качестве обычного занятия, или несостоятельность компаний, инкорпорированных в соответствии с торговым законодательством, и других субъектов, которые регулярно занимаются коммерческой деятельностью. Законодательство некоторых стран также предусматривает различные процедуры, использующиеся на основе объема задолженности, а в ряде стран были разработаны специальные режимы несостоятельности для различных секторов экономики, особенно для сельскохозяйственного сектора.

a) Должники: физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью

3. [1] Принципиальные взгляды на индивидуальную или личную задолженность и несостоятельность часто определяются культурными подходами, которые не столь уместны в случае коммерческих должников и могут включать, например, подходы к вопросам о возникновении личной задолженности, наличии помощи в случае непосильной задолженности, социальных последствиях бан-

кротства для статуса физических лиц, необходимости консультирования и просветительской помощи в связи с индивидуальной задолженностью и предоставлении должникам возможности возобновить свою деятельность путем освобождения от долгов и требований. В свою очередь принципиальные подходы к несостоятельности в коммерческом секторе в целом 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 в случае предоставления кредита.

4. [2] Основной вопрос, который необходимо рассмотреть, касается физических лиц, участвующих в коммерческой деятельности (включая, например, товарищества и единоличных участников торговли), и решения вопроса о том, следует ли включать их в сферу действия законодательства о коммерческой несостоятельности. Интересы индивидуальных коммерческих должников отличаются от интересов индивидуальных потребительских должников, по меньшей мере с точки зрения некоторых аспектов их задолженности, однако зачастую трудно отделить личную задолженность какого-либо физического лица от его коммерческой задолженности в целях определения того, каким должен быть их статус при несостоятельности. Могут быть разработаны различные критерии, облегчающие принятие соответствующего решения, такие как уделение основного внимания характеру проводимой деятельности, объему задолженности и связи между задолженностью и коммерческой деятельностью. Показатели участия в коммерческой деятельности могут включать вопросы о том, зарегистрировано ли данное предприятие в качестве торгового или иного коммерческого предприятия; является ли оно субъектом, инкорпорированным в соответствии с торговым правом; каков характер его обычной деятельности; имеется ли информация об обороте и активах и пассивах; и […]. Многие страны включают индивидуальных должников, занимающихся коммерческой деятельностью, в сферу применения своего законодательства о коммерческой несостоятельности. Опыт других стран позволяет предположить, что, хотя индивидуальная предпринимательская деятельность является частью коммерческой деятельности, такие случаи чаще лучше подходят для урегулирования на основании режима индивидуальной несостоятельности, 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 также возникают трудные вопросы освобождения от ответственности (полное или частичное освобождение должника от ответственности за определенные долги после завершения производства), например вопросы о продолжительности времени, которое должно истечь, прежде чем должник может быть освобожден от ответственности, и об обязательствах, 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 по уходу за ребенком. Дополнительное соображение связано с тем, что включение индивидуальной несостоятельности в сферу действия режима коммерческой несостоятельности может быть сопряжено в некоторых странах с вероятностью воспрепятствования использованию такого коммерческого режима вследствие социального отношения к индивидуальной несостоятельности независимо от ее коммерческого характера. При разработке законодательства о несостоятельности, касающегося коммерческой несостоятельности, целесообразно учесть эти моменты, вызывающие обеспокоенность. Настоящее руководство сосредоточивается на проведении коммерческой деятельности независимо от средства, с помощью которого такая деятельность осуществляется, и выявляет такие вопросы в тех случаях, когда потребуются дополнительные или иные положения для включения индивидуальных должников в законодательство о несостоятельности.

b) Государственные предприятия

5. [3] Общие положения законодательства о несостоятельности могут применяться ко всем видам предприятий, занимающихся коммерческой деятельностью, будь то частные или государственные предприятия, особенно те государственные предприятия, которые конкурируют на рынке в качестве самостоятельных торговых или коммерческих предприятий и в отношении которых при прочих равных условиях применяются такие же коммерческие и экономические процедуры, как и в отношении частных предприятий. Тот факт, что предприятие принадлежит государству, сам по себе не может являться достаточным основанием для исключения данного предприятия из сферы применения законодательства о несостоятельности, хотя ряд стран действительно придерживаются такого подхода. Когда государство выполняет различные функции в отношении предприятия не только как собственник, но и как заимодатель и крупнейший кредитор, обычные стимулы не будут использоваться, принятие компромиссных решений может быть затруднено, и существуют явные основания для возникновения коллизии интересов. По этой причине включение таких предприятий в сферу действия режима несостоятельности дает преимущества с точки зрения распространения на них требований такого режима, четкого указания на то, что финансовая поддержка таких предприятий со стороны государства не будет неограниченной, а также установления процедуры, которая сопряжена с возможностью сведения к минимуму коллизии интересов. Необходимость установления исключений из общего принципа охвата может возникать в тех случаях, когда государство проводит политику предоставления прямых гарантий в отношении обязательств таких предприятий и когда режим государственных предприятий является частью изменений в макроэкономической политике, например осуществления широкомасштабной программы приватизации. 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) Предприятия, требующие особого режима

6. [4] Хотя, возможно, было бы целесообразным распространить действие средств правовой защиты и требований законодательства о несостоятельности на максимально широкий, по возможности, круг предприятий, для определенных предприятий может быть предусмотрен особый режим, т. е. для предприятий специального характера, таких как банковские и страховые учреждения, предприятия коммунальной сферы, а также биржевые или товарные брокеры. Исключения в отношении таких видов

предприятий широко отражены в законодательстве о несостоятельности и в целом обосновываются тем детальным правовым режимом регулирования, который часто действует в их отношении за пределами контекста несостоятельности. Такие режимы регулирования часто включают положения, касающиеся несостоятельности регулируемого предприятия. Особые соображения, возникающие в связи с несостоятельностью таких предприятий и потребительской несостоятельностью, специально в настоящем руководстве не рассматриваются.

2. Юрисдикция

7. [5] Помимо обладания необходимыми коммерческими или предпринимательскими признаками должнику необходимо иметь достаточную связь с государством, с тем 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, проживающим в этом государстве, и будет проводить в нем свою коммерческую деятельность через юридическое лицо, зарегистрированное или инкорпорированное в этом государстве. Однако если встает вопрос о связи должника с государством, то законодательство о несостоятельности устанавливает различные критерии, в том числе с точки зрения того, что должник имеет центр своих основных интересов в данном государстве и что должник имеет предприятие в данном государстве и должник имеет активы в данном государстве.

a) Центр основных интересов

8. [6] Хотя в законодательстве о несостоятельности некоторых стран 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 проведения того, что называется "основным производством", в отношении этого должника. Хотя Типовой закон касается вопросов международной несостоятельности, критерий "центра основных интересов" имеет также отношение к внутренней несостоятельности. Помимо Типового закона ЮНСИТРАЛ этот термин используется в Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле и 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 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 местожительство в случае физического лица, если не доказано, что центр основных интересов расположен в ином месте. Законодательство о несостоятельности государства, в котором находится центр основных интересов должника, будет применяться к такому должнику.

9. [7] В случае должника, имеющего активы в нескольких государствах, независимо от использования критерия "центра основных интересов", может оказаться, что им выполнены условия применения законодательства о несостоятельности более чем одного государства, что может произойти в результате использования различных критериев определения возможности открытия производства в отношении должника или же различных толкований одного и того же критерия; во всех этих странах могут быть возбуждены отдельные производства по делу о несостоятельности. В подобных случаях было бы целесообразным принять законодательные акты, основывающиеся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, для урегулирования вопросов координации и сотрудничества (см. Часть вторую, глава VIII)[1].

b) Предприятие

10. [8] В законодательстве некоторых стран предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той правовой системе, 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 ссылки на "услуги". 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 дел о трансграничной несостоятельности в качестве критерия признания иностранного производства по делу о несостоятельности и принятия мер по оказанию помощи. По этой причине оно имеет отношение к внутреннему режиму несостоятельности и открытию производства в отношении активов предприятия должника в каком-либо конкретном государстве. Во многих странах руководители предприятия, которое неспособно выплатить свои долги, будут нести личную ответственность перед кредиторами, если только они не откроют производство по делу о несостоятельности. В связи с этим необходимо наличие права на открытие производства в соответствии с законодательством о несостоятельности государства на основании того, что в нем находится предприятие.

11. [8] В Правиле ЕС аналогичным образом предусматривается, что вторичное производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той правовой системе, в которой должник имеет предприятие. Как правило, такое производство ограничивается ликвидационной процедурой, охватывающей 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 реорганизационная процедура может основываться на месте нахождения предприятия.

c) Наличие активов

12. [9] Законодательство некоторых стран предусматривает возможность открытия производства по делу о несостоятельности должником или в отношении должника,

[1] Было предложено включить в настоящее руководство в качестве дополнительной главы Типовой закон и Руководство по его принятию (пересмотренное с учетом изменений в практике трансграничной несостоятельности, происшедших после принятия Типового закона).

который имеет активы в пределах этой правовой системы или же имел активы в пределах данной правовой системы, причем наличия предприятия или центра основных интересов в пределах этой правовой системы не требуется. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает признания иностранного производства по делу о несостоятельности открытого на основании наличия активов. Однако он предусматривает, что если производство, открытое в той правовой системе, в которой должник имеет центр своих основных интересов, было признано в иностранном государстве, то местное производство на основании наличия активов может быть открыто в признающем государстве для управления такими местными активами[2].

13. [9] Вероятно, можно было бы провести различие между ликвидационным и реорганизационным производствами, открытыми на основании наличия активов; хотя наличие активов и может служить надлежащей основой для возбуждения ликвидационных процедур в отношении конкретных активов, находящихся в соответствующем государстве, это условие может и не быть достаточным для возбуждения реорганизационного производства, особенно в тех случаях, когда производство, открытое в центре основных интересов, является ликвидационным производством. Хотя одна из стран действительно предусматривает, что наличия активов достаточно для открытия реорганизационного производства (и что это производство может затрагивать активы должника, где бы они ни находились), возникает необходимость обеспечения координации этого производства с другими правовыми системами, в которых должник имеет центр своих основных интересов и, возможно, предприятия. По этой причине применение критерия наличия активов может породить проблему множественной юрисдикции, включая открытие нескольких производств и возникновение вопросов координации и сотрудничества в связи с такими производствами, что может потребовать применения Типового закона ЮНСИТРАЛ (см. Часть вторую, глава VIII).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикции, заключаются в установлении следующего:

a) на какие виды должников может распространяться действие [общего] законодательства о несостоятельности;

b) какие виды должников могут исключаться из действия [общего] законодательства о несостоятельности;

c) какие должники имеют достаточную связь с государством, для того чтобы на них распространялось действие законодательства о несостоятельности этого государства; и

d) какие суды обладают юрисдикцией в отношении вопросов несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности

11) Законодательство о несостоятельности должно регулировать производство по делу о несостоятельности всех должников, включая физических лиц и государственные предприятия, участвующие в коммерческой деятельности.

12) Исключения из сферы применения [общего] законодательства о несостоятельности должны быть ограниченными и прямо указанными в таком законодательстве[3].

Юрисдикция

13) В законодательстве о несостоятельности должно быть конкретно указано, какие должники имеют достаточную связь с государством, для того чтобы на них распространялось действие законодательства о несостоятельности этого государства. Могут использоваться различные подходы к выявлению соответствующих связующих факторов, однако основания, на которых на должника может быть распространено действие законодательства о несостоятельности, должны включать следующее:

a) центр основных интересов должника находится в данном государстве; или

b) предприятие должника находится в данном государстве.

14) Применительно к толкованию понятия "центр основных интересов" в законодательстве о несостоятельности должна предусматриваться презумпция, согласно которой, в отсутствие 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.

15) Законодательство о несостоятельности должно определять понятие "предприятия" как означающее "любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги"[4].

16) [15)] В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, какой суд обладает юрисдикцией в отношении производства по делу о несостоятельности и вопросов, возникающих при ведении производства по делу о несостоятельности.

---

[2] Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 28.

[3] Для субъектов, действующих в секторах, для которых характерна высокая степень регулирования, 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. В тех случаях, когда устанавливается специальный режим или принимаются специальные положения, подобные субъекты могут исключаться из сферы действия положений общего режима несостоятельности.

[4] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2 *f)*.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II. A содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3. Главы III–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)	*Пункты*	*Стр.*
II. ПОДАЧА ЗАЯВЛЕНИЯ И ОТКРЫТИЕ ПРОИЗВОДСТВА		205
B. Критерии подачи заявления и открытия производства	14–56	205
1. Введение	14–16	205
2. Критерии подачи заявления	17–22	206
3. Ликвидация	23–33	207
4. Реорганизация	34–40	209
5. Процедурные вопросы	41–54	210
6. Издержки, связанные с производством по делу о несостоятельности	55–56	213
Рекомендации	17–26	214

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

II. Подача заявления и открытие производства

B. Критерии подачи заявления и открытия производства

1. Введение

14. [10] Критерии подачи заявления и открытия производства имеют решающее значение для структуры законодательства о несостоятельности. Эти критерии, закладывающие основополагающие условия, при соблюдении которых может быть подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, имеют важнейшее значение для установления тех предприятий, на которые может распространяться действие механизмов защиты и требований процедуры урегулирования дел о несостоятельности, и для определения тех сторон, которые могут подавать заявления об открытии производства, будь то должника, кредиторов или других сторон.

15. [11] В качестве общего принципа желательно обеспечить удобный, недорогостоящий и оперативный доступ к процедурам несостоятельности, с тем чтобы поощрять находящиеся в трудном финансовом положении или несостоятельные коммерческие предприятия к добровольному обращению к этим процедурам. Кроме того, желательно обеспечить гибкость доступа с точки зрения различных видов процедур несостоятельности (ликвидация и реорганизация), простоты определения процедуры, наиболее подходящей для конкретного должника, а также преобразования различных видов процедур. Ограничительный доступ может стать фактором, сдерживающим возбуждение процедур как должниками, так и кредиторами, в то время как любые задержки могут причинить ущерб с точки зрения последствий для стоимости активов и успешного завершения процедур, особенно в случае реорганизации. Легкость доступа необходимо сочетать с установлением надлежащих и достаточных гарантий для предотвращения ненадлежащего использования таких процедур. Примеры ненадлежащего использования могут включать случаи, когда должник, не испытывающий финансовых трудностей, подает заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, с тем чтобы воспользоваться защитными мерами, предусматриваемыми законом, такими как автоматический мораторий, во избежание или отсрочки платежа кредитором, и когда кредиторы, являющиеся конкурентами должника, используют такие процедуры для нанесения ущерба деловым операциям должника и получения таким образом конкурентных преимуществ[1].

16. [12] Предусмотренные в законодательстве конкретные критерии, которые должны быть соблюдены, прежде чем может быть открыто производство по делу о несостоятельности, существенно отличаются друг от друга. В ряде законов предусмотрены альтернативные критерии, а также проводится различие между критериями, применимыми к открытию производства в отношении ликвидации и реорганизации, и между заявлениями, подаваемыми должником и кредиторами.

[1] Этот аспект более глубоко рассматривается в контексте отказа в удовлетворении заявления об открытии производства и прекращения производства.

2. Критерии подачи заявления

a) Стандарт ликвидности или движения наличности

17. [14] Критерий, который широко используется для открытия производства по делу о несостоятельности, известен как стандарт ликвидности, движения наличности или общего прекращения платежей. Это требует, чтобы должник вообще прекратил платежи и чтобы он не располагал достаточными наличными средствами для обслуживания своих текущих обязательств, по мере того как наступает срок их исполнения в ходе обычной коммерческой деятельности. Применение этого стандарта призвано активировать производство 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 будет предусмотрена возможность открытия производства только на более позднем этапе, когда должник может продемонстрировать еще более серьезные финансовые трудности, например при наступлении балансовой несостоятельности (когда балансовый отчет предприятия показывает, что стоимость пассивов должника превышает стоимость его активов, что рассматривается ниже), то это приведет лишь к задержке в наступлении неизбежного и уменьшению размера возмещения.

18. [15] Одна из проблем, связанных с применением стандарта общего прекращения платежей, заключается в том, что неспособность должника выплатить свою задолженность после наступления срока ее погашения может указывать лишь на временные трудности с движением наличности или ликвидностью на предприятии, которое в иных отношениях является жизнеспособным. На современных конкурентных рынках, на которых конкуренция может вынуждать участников рынка согласиться с более низкими доходами, чем когда бы то ни было, или даже потерями, для того чтобы стать конкурентоспособными, понятие неспособности выплатить долги и порядок, в котором оно включается в законодательство о несостоятельности в качестве критериев открытия производства, могут нуждаться в тщательном рассмотрении.

b) Балансовый стандарт

19. [17] Альтернативой использованию стандарта общего прекращения платежей является балансовый подход, основывающийся на превышении пассивов над активами в качестве показателя неблагоприятного финансового положения. Практическое ограничение этого подхода заключается в том, что весьма редко имеется возможность для сторон, иных чем должник, определить подлинное состояние финансовых дел должника до того, как его неблагоприятное финансовое положение станет установившимся и даже необратимым фактом, и таким образом этот подход не всегда может с легкостью образовывать основу для подачи заявления кредитором. Этот подход сопряжен и с рядом других недостатков. Если стандарты бухгалтерского учета и методы исчисления стоимости приводят к получению результатов, которые не отражают справедливую рыночную стоимость[2] активов должника, или если рынки недостаточно развиты или стабильны для определения такой стоимости, то этот подход может приводить к неточной оценке несостоятельности. Кроме того, вполне может быть, что согласно этому критерию предприятия, предоставляющие услуги, могут быть технически несостоятельными даже тогда, когда предприятие является по существу жизнеспособным. 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[3]. Особые трудности возникают в том случае, когда отчетность не ведется надлежащим образом или же к ней трудно получить доступ. По этим причинам использование критерия балансового отчета часто приводит к тому, что производство открывается лишь после того, как исчезнут возможности для проведения реорганизации, и отрицательно влияет на способность должника действовать на коллективной основе со своими кредиторами, если должник продолжает осуществлять управление предприятием. Кроме того, это может тем самым нанести ущерб цели максимизации стоимости. Хотя балансовый подход может использоваться в качестве дополнительного средства определения несостоятельности, по причинам, изложенным выше, он, возможно, не является достаточно надежным, для того чтобы обеспечивать единственную основу для такого определения.

c) Разработка стандарта открытия производства

20. В законодательстве о несостоятельности для установления критерия открытия производства используются стандарт общего прекращения платежей и балансовый подход в различных сочетаниях. Законодательство некоторых стран устанавливает простую форму стандарта общего прекращения платежей, требующего, чтобы должник был не в состоянии исполнить свои обязательства после наступления срока их исполнения. В законодательстве других стран устанавливается этот критерий и добавляются дополнительные требования, например о том, чтобы прекращение платежей в обязательном порядке отражало трудное финансовое положение, которое не носит временного характера, чтобы кредитоспособность должника была поставлена на карту и чтобы ликвидация предприятия должника была правомерной и справедливой. Другой подход заключается в том, чтобы в дополнение к прекращению платежей имела место чрезмерная задолженность должника, когда такая чрезмерная задолженность определяется, например, неспособностью должника выплатить свои долги после наступления срока их погашения вследствие того, что его пассивы превышают его активы.

i) Неизбежная несостоятельность (Предполагаемая неликвидность)

21. Законодательство некоторых стран, устанавливающее критерий прекращения платежей, также содержит положение, согласно которому должник может подавать заяв-

---

[2] Справедливой рыночной стоимостью, как правило, считается стоимость, которая, как можно разумно ожидать, может быть получена в результате гипотетической купли-продажи между покупателем и продавцом, если ни одна из сторон не несет обязательства покупать или продавать. В отсутствие реальной купли-продажи стоимость может носить несколько спекулятивный характер, поскольку она основывается на предположениях, сделанных в отношении условий купли-продажи данных активов. Для уменьшения масштабов спекуляции были разработаны методы определения приблизительной стоимости на основе купли-продажи сопоставимых предприятий и активов или же на основе множественного потенциала предприятий с точки зрения получения доходов. На тех рынках, на которых активы не могут быть с легкостью проданы вследствие насыщения рынка или вследствие того, что для данных активов рынка не существует, исчислить стоимость весьма трудно.

[3] Балансовая стоимость – *раздел будет завершен*.

ление об открытии производства на основании неизбежной несостоятельности или предполагаемой неспособности производить платежи в том случае, если должник не будет в состоянии исполнить свои будущие обязательства после наступления срока их исполнения. Хотя в некоторых случаях предполагаемая неспособность может относиться лишь к короткому периоду времени в будущем, могут иметь место и случаи, в которых она будет относиться к значительно более продолжительному периоду времени в зависимости от характера подлежащего исполнению обязательства. Фактические обстоятельства, которые могут позволить определить предполагаемую неспособность, могут включать случаи, когда должник несет долгосрочное обязательство произвести платеж по долгу, который, как ему известно, он не будет в состоянии произвести, или когда речь идет об ответчике по коллективному деликтному иску, который знает, что он не сможет успешно обеспечить свою защиту и не будет в состоянии оплатить связанные с этим убытки.

ii) Виды производства, которые могут быть открыты

22. [16] Вторым аспектом стандарта открытия производства является вид производства, которое может быть открыто. В законодательстве некоторых стран стандарт открытия производства, независимо от того, основывается ли он на критерии общего прекращения платежей или же на балансовом критерии, обеспечивает основание для открытия либо ликвидационного, либо реорганизационного производства. В случае если заявление об открытии ликвидационного производства подается кредиторами, законодательство о несостоятельности может разрешать должнику подавать заявление о преобразовании производства с ликвидационного в реорганизационное. В соответствии с законодательством о несостоятельности других стран, в случае если предпочтение отдается реорганизации, должна быть возбуждена реорганизационная процедура, но она может быть преобразована в ликвидационную процедуру тогда, когда доказано, что предприятие должника не может быть реорганизовано. Согласно еще одному подходу действие поданного заявления является нейтральным, и выбор между ликвидацией и реорганизацией будет производиться только после периода оценки финансового положения должника.

3. Ликвидация

a) Стороны, которые могут подать заявление

23. [13] Законодательство о несостоятельности, как правило, предусматривает возможность подачи заявления об открытии ликвидационного производства должником (что обычно именуется добровольным производством), одним или несколькими кредиторами (что обычно именуется принудительным производством), каким-либо государственным органом или же в силу закона, если неспособность должника выполнить определенное требование, установленное в законодательном порядке (например, о сохранении конкретно указанного объема активов), автоматически приводит к открытию производства по делу о несостоятельности (которое также именуется принудительным производством).

b) Подача заявления должником

24. [18] В законодательстве о несостоятельности многих стран для подачи должником заявления об открытии ликвидационного производства установлен стандарт общего прекращения платежей. На практике заявление должника об открытии ликвидационного производства будет, как правило, являться последним средством при обстоятельствах, когда он не способен погасить свои долги, и, в отсутствие возражений, выполнение таких требований отслеживается не очень строго. Такая практика отражена в законодательстве некоторых стран, которое позволяет должнику подавать заявление либо на основании того факта, что он прекратил выплачивать свои долги после наступления срока их погашения, либо, в качестве альтернативы, на основании простой декларации о своем финансовом положении, например о том, что он не способен или не намеревается выплатить свои долги (в случае юридического лица такая декларация может даваться директорами или другими членами руководящего органа). Законодательство о несостоятельности по меньшей мере одной страны исключает необходимость того, чтобы должник заявлял о каком-либо конкретном финансовом положении.

i) Установление обязательства должника подавать заявление

25. [19] Одним из вопросов, возникающих в связи с подачей заявления должником, является вопрос о том, следует ли возлагать на должника обязательство подавать заявление об открытии производства на определенном этапе возникновения его финансовых трудностей. Какой-либо широко согласованный подход к решению этого вопроса отсутствует. Законодательство о несостоятельности или надлежащем коммерческом управлении некоторых стран включает такие положения, согласно которым должник обязан подать заявление в течение определенного периода времени, разнящегося от двух недель до 60 дней, после того как оказалось, что он не в состоянии выплатить свои долги после наступления срока их погашения или после того как он узнал о своей чрезмерной задолженности, определяемой с помощью ссылки на балансовый отчет его предприятия. Законодательство некоторых стран конкретно указывает, каким образом следует определять прекращение платежей, которое может включать, например, такое определение с помощью ссылки на банковскую отчетность, показывающую, что данный должник не выплатил определенную процентную долю своей совокупной задолженности в течение определенного периода времени, например в течение двух месяцев. В случае ликвидации установление такого обязательства может защитить интересы кредиторов путем предупреждения дальнейшего распыления активов должника, а в случае реорганизации – повысить вероятность ее успешного проведения благодаря содействию принятию мер на ранних этапах. Этот аспект может иметь важное значение в тех странах, где не существует категории активных кредиторов, которые могут полагаться на возможность открытия производства. Вместе с тем накопленный в некоторых странах опыт позволяет предположить, что установление для должника обязательства подать заявление по истечении определенного числа дней или недель после возникновения неспособности производить платежи или же прекращения платежей всего лишь ведет к подаче должником заявлений, которые не отражают подлинного состояния банкротства (и, таким образом, действительную необходимость в ликвидации или реорганизации). В некоторых странах установление такого обязательства создает дополнительную нагрузку на инфраструктуру несостоятельности, если она, возможно, не была в достаточной мере разработана для рассмотрения большого числа таких заявлений.

26. [19] Установление такого обязательства может также поставить сложные практические вопросы о порядке и моменте его применения, особенно в случае, когда задержка в подаче заявления об открытии официального производства может привести к возникновению личной ответственности работников предприятия должника, членов его руководящего органа или его управляющих. При подобных обстоятельствах действие этой нормы может не стимулировать должника к поискам альтернативных решений, касающихся его финансовых трудностей, например внесудебной договоренности о реорганизации, которая в определенных случаях может являться более приемлемой альтернативой. Кроме того, обязательство подавать заявление не будет оказывать никакого воздействия в том случае, если оно не сочетается с могущими быть обеспеченными (и обеспеченными) санкциями за невыполнение этого требования. Более эффективным средством поощрения должников к открытию производства на ранних этапах может явиться установление стимулов (например, подача заявления о моратории для защиты должника от принудительных и иных действий – см. Часть вторую, глава III.B).

c) Подача заявления кредитором

27. [20] Законодательство о несостоятельности многих стран также устанавливает требование о прекращении платежей, для того чтобы кредитор мог подать заявление об открытии ликвидационного производства, зачастую наряду с дополнительным требованием о неоспоримости долга. В законодательстве небольшого числа стран установлено требование о том, что задолженность должна основываться на судебном решении. В тех случаях, когда применительно к заявлениям кредитора установлен стандарт общего прекращения платежей, может возникать проблема доказывания. Хотя кредиторы могут быть способными доказать, что должник не оплатил их требование или требования, доказывание факта общего прекращения платежей может вызывать трудности. Существует практическая необходимость в том, чтобы кредитор имел возможность представить в относительно простой форме доказательства, устанавливающие презумпцию несостоятельности должника, и чтобы при этом на кредиторов не возлагалось чрезмерно тяжелое бремя доказывания. В порядке уточнения стандарта общего прекращения платежей для установления порогового требования доказывания, выполнить которое может кредитор, достаточно удобным и объективным критерием может быть неспособность должника выплатить долг, причитающийся к погашению, в течение конкретно указанного срока после предъявления письменного требования платежа или же в течение конкретно указанного срока после наступления срока погашения долга. Законодательство о несостоятельности ряда стран включает такие положения, причем конкретно указанный срок простирается от восьми дней до 24 недель в тех случаях, когда необходимо предъявление формального требования. Законодательство о несостоятельности некоторых стран также включает положение о том, чтобы подача заявления основывалась на безуспешных действиях по возвращению долга, которые предпринимались в течение конкретно указанного периода времени, например в течение трех месяцев, до подачи заявления об открытии производства.

28. [20] Законным интересом в открытии производства по делу о несостоятельности могут обладать и кредиторы, срок погашения требований которых еще не наступил. Особую обеспокоенность может вызывать, например, случай, касающийся держателей долгосрочной задолженности. В тех случаях, когда критерием является наступление срока погашения задолженности, такие кредиторы могут никогда не получить права подать заявление об открытии производства, хотя вполне может быть ясным, что должник не будет в состоянии исполнить свое обязательство после наступления срока его исполнения. В то же время разработка критерия, позволяющего такому кредитору подать заявление, может порождать трудности в доказывании, особенно в связи с финансовым положением должника. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что заявления могут быть поданы кредиторами, срок погашения долговых требований которых еще не наступил, вопросы доказывания, возможно, необходимо сбалансировать с учетом цели удобного, недорогостоящего и оперативного доступа к производству.

29. [21] Помимо требований в отношении прекращения платежей, наступления срока погашения долга и неоспоримости долгового требования законодательство о несостоятельности некоторых стран включает такие требования, как требования о том, чтобы заявление об открытии производства было подано более чем одним кредитором (может предусматриваться порядок, при котором кредитор должен быть необеспеченным кредитором, обладающим неоспоримым требованием) и чтобы кредиторы не только обладали долговыми требованиями с наступившим сроком погашения, но и чтобы их требования отражали оговоренную совокупную стоимость требований (или же предусматривается сочетание оговоренного числа кредиторов и совокупной суммы требований). Еще один подход (в случае подачи заявления одним кредитором) требует, чтобы должник предоставил суду информацию, которая позволит суду определить, является ли неплатеж по долгу результатом спора с конкретным кредитором или же доказательством отсутствия ликвидных активов.

30. [22] Требование о том, чтобы заявление подавалось более чем одним кредитором, часто основывается на стремлении свести к минимуму возможность ненадлежащего использования этой процедуры одним кредитором, который может попытаться использовать процедуру несостоятельности вместо механизма принудительного взыскания задолженности, особенно в случае незначительного размера долга. Однако такую обеспокоенность, возможно, потребуется сбалансировать с учетом цели облегчения оперативного и простого доступа к процедуре несостоятельности. Кроме того, эта обеспокоенность может быть снята, если будет предусмотрен учет стоимостного объема требования одного кредитора (хотя порядок, при котором конкретно оговаривается стоимостный объем требований, не всегда может быть оптимальным редакционным решением, поскольку колебания курсов валют могут обусловить необходимость внесения поправок в законодательство) или если будет принята процедура, аналогичная изложенной в предыдущем пункте, которая требует от должника предоставлять информацию суду. Соответствующие моменты могут быть также учтены, если будут предусмотрены определенные последствия, например возмещение убытков, причиненных должнику, в случаях, когда заявление кредитора представляет собой ненадлежащее использование процедур несостоятельности. Такие убытки могут относиться не только к издержкам и расходам, понесенным должником, но и к нарушению деловой деятельности должника.

31. [23] Могут также возникать исключительные обстоятельства, когда срок погашения требования еще не на-

ступил, но когда они в иных отношениях могут обосновывать открытие производства по делу о несостоятельности. К числу таких обстоятельств могут относиться случаи, когда имеется доказательство преференциального отношения должника к некоторым кредиторам или когда должник предпринимает мошеннические действия в отношении своего финансового положения. Ряд таких ситуаций могут быть с большей пользой для дела урегулированы с помощью законодательства, касающегося мошеннических действий, а не путем применения законодательства о несостоятельности в отсутствие доказательств несостоятельности.

d) Подача заявления государственным органом

32. [24] Законодательство о несостоятельности может предоставлять государственному органу (обычно органам прокуратуры или органам с эквивалентными функциями) или какому-либо надзорному учреждению неисключительные полномочия возбуждать ликвидационное производство в отношении любого предприятия, если оно прекращает платежи, причем в этом случае должны, как правило, применяться такие же критерии открытия производства, какие применяются в случае подачи заявлений другими кредиторами.

33. [24] Некоторые страны предусматривают для государственных или иных органов более широкие полномочия в отношении открытия производства по делу о несостоятельности в том случае, если возбуждение такого производства считается отвечающим публичным интересам. В таком случае может и не быть необходимости доказывать факт неликвидности, что позволяет правительству прекращать операции в иных отношениях вполне жизнеспособных коммерческих предприятий, которые занимались определенной деятельностью, например деятельностью мошеннического или преступного характера. Осуществление таких карательных полномочий может быть обоснованным только при определенных ограниченных обстоятельствах, которые обусловливаются фактическими признаками несостоятельности, причем, несомненно, желательно, чтобы такие полномочия использовались только в качестве последнего средства в отсутствие надлежащих средств защиты в соответствии с другими положениями законодательства. Может потребоваться предварительное изучение дел должника до открытия производства или же принятие предварительных мер, например подача ходатайства об установлении моратория и назначении временного управляющего в деле о несостоятельности, которое удовлетворяется с учетом сложившейся ситуации, причем именно суд принимает по истечении такого срока решение в отношении открытия производства по делу о несостоятельности. Такие полномочия, как правило, предусматриваются только для открытия ликвидационного производства, хотя могут существовать и обстоятельства, при которых ликвидация может быть преобразована в реорганизацию при условии соблюдения ряда ограничений. Такого рода ограничения могут включать требование о законном характере коммерческой деятельности и о передаче управления предприятием в руки управляющего в деле о несостоятельности или государственного органа.

4. Реорганизация

a) Подача заявления должником

34. [25] Одна из целей реорганизационного производства заключается в создании основ, поощряющих должников к попыткам урегулировать свои финансовые трудности на раннем этапе. Критерием открытия производства, который отвечал бы этой цели, мог бы быть такой критерий, который не требовал бы от должника ждать, пока он полностью прекратит платежи (т. е. момента полной утраты ликвидности), прежде чем подать заявление, а разрешал бы подавать заявление при таких финансовых обстоятельствах, которые, будучи неурегулированными, приведут к возникновению несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности различных стран используются разные подходы к вопросу о подаче должником заявления о реорганизации. В законодательстве некоторых стран реорганизационная процедура фактически не требует соблюдения какого-либо материального критерия: должник может подать заявление, когда он этого 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 вторую, глава I), указывается, что должник может подать заявление, если он предполагает, что в будущем он не будет в состоянии выплатить свои долги после наступления срока их погашения (предполагаемая или неизбежная несостоятельность или неликвидность). Положения законодательства ряда стран, касающиеся реорганизации, также требуют доказывать реальную или разумно предполагаемую перспективу сохранения предприятия должника или экономической жизнеспособности его предприятия.

35. [26] Можно предположить, что ослабление критериев открытия производства может действовать в качестве поощрения к злоупотреблению такой процедурой. Например, должник, не испытывающий финансовых трудностей, может обратиться с заявлением об открытии производства и представить план реорганизации, который направлен на то, чтобы дать ему возможность уклониться от исполнения обременительных обязательств, например трудовых соглашений, с тем чтобы получить возможность провести новые переговоры по своей задолженности или уклониться от уплаты и лишить кредиторов возможности своевременного получения платежей по долгам в полном объеме. Вопрос о том, может ли иметь место такое ненадлежащее использование процедуры, зависит от того, насколько урегулированы элементы реорганизационной процедуры, включая критерии открытия производства, требования в отношении подготовки реорганизации и сохранения контроля должника над предприятием после открытия производства, а также санкции за ненадлежащее использование такой процедуры. К числу методов, позволяющих урегулировать вопрос о возможном ненадлежащем использовании процедуры должником, может относиться включение в законодательство положения, предусматривающего полномочия соответствующего суда отклонять такое заявление, и в таком случае следует установить ответственность должника за возмещение затрат кредиторов, понесенных в связи с возражениями против такого заявления, а также за возмещение любого ущерба, причиненного таким заявлением.

b) Подача заявления кредитором

36. [27] Хотя в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что ликвидационное производство может быть открыто по инициативе как кредитора, так и должника, единого мнения в отношении вопроса о том, может ли по инициативе кредитора возбуждаться также реорганизационное производство, не имеет-

ся, а законодательство ряда стран включает положения, предусматривающие лишь возможность подачи заявлений должниками. С учетом того, что одна из целей реорганизационного производства заключается в предоставлении кредиторам возможности увеличить стоимость своих требований посредством продолжения функционирования и реорганизации предприятия, возможно, желательным является такой порядок, при котором должнику не будет предоставляться исключительного права на подачу заявлений. Полномочия кредиторов на подачу заявлений о реорганизации также имеют важнейшее значение для решения вопроса о том, могут ли кредиторы предлагать план реорганизации (см. Часть вторую, глава V). Ряд стран придерживаются позиции, согласно которой, поскольку во многих случаях кредиторы являются основными бенефициарами успешной реорганизации, им следует предоставить возможность предлагать такой план. Если придерживаться этого подхода, то представляется целесообразным предусмотреть, что кредиторы могут подавать заявление об открытии реорганизационного производства.

37. [28] В тех случаях, когда кредиторы могут подавать заявления о реорганизации предприятия должника, по вопросу о критериях открытия производства высказываются разные мнения. Одно из мнений отражено в тех положениях законодательства о несостоятельности, которые устанавливают такой же критерий предполагаемой неликвидности, какой применяется в случае подачи должником заявления о реорганизации. Другая точка зрения заключается в том, что такой подход весьма трудно обосновать не только из-за возникновения трудностей, связанных со способностью кредиторов доказать соблюдение стандарта предполагаемой неликвидности. Это объясняется также тем соображением, что в общем плане представляется неоправданным предусматривать открытие какого-либо производства по делу о несостоятельности против желания должника, если только кредиторы не смогут продемонстрировать, что их правам уже был причинен ущерб. Для устранения таких трудностей критерии открытия производства могут требовать, чтобы кредиторы, например, продемонстрировали, что текущие наличные средства будут достаточными для покрытия расходов на обеспечение повседневной деятельности предприятия и что средства, возвращенные кредиторами в результате реорганизации, будут бóльшими, чем в случае ликвидации. Один из недостатков такого подхода связан с тем, что кредиторам до подачи заявления будет необходимо провести тщательную оценку состояния предприятия или получить возможность для проведения такой оценки. Для решения любой проблемы, возникающей в связи с предоставлением кредиторам доступа к соответствующей информации, в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что по получении заявления кредиторов оценка финансового положения должника будет проводиться независимым органом. Такая процедура может быть сопряжена с тем преимуществом, что она будет обеспечивать открытие производства только в надлежащих случаях, однако необходимо, по возможности, внимательно подойти к обеспечению того, чтобы дополнительные требования не приводили к задержке в открытии производства и, таким образом, неблагоприятным последствиям для максимизации стоимости активов и вероятности успешного завершения реорганизации.

38. [31] Законодательство некоторых стран устанавливает иной стандарт прекращения платежей и требует, чтобы заявление подавалось конкретно указанным числом кредиторов или же кредиторами, являющимися держателями оговоренной совокупной стоимости требований, срок исполнения которых наступил, или же и одними, и другими кредиторами. Законодательство других стран требует, чтобы кредиторы, подавая заявление, предоставляли залог или производили платеж для покрытия издержек, связанных с открытием производства[4].

39. [29] Вопрос о сложности или простоте стандартов открытия производства тесно связан с последствиями открытия и ведения производства по делу о несостоятельности. Например, в тех положениях законодательства о несостоятельности, в соответствии с которыми мораторий вводится автоматически после открытия производства, способность предприятия продолжать коммерческие операции и перспективы успешной реорганизации могут быть оценены после открытия производства (а преобразование производства в ликвидационное может произойти, если будет определено, что реорганизация не является целесообразной, 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 возвращению кредиторам более значительных средств, чем процедура ликвидации.

40. [30] По этим причинам, возможно, было бы целесообразным применять один и тот же стандарт открытия производства к заявлениям кредиторов, касающимся и ликвидации, и реорганизации предприятия должника (т. е. общее прекращение платежей). Такой стандарт, как представляется, соответствует как двойному, так и единому подходу (см. Часть вторую, глава I.C), если применение иного стандарта открытия производства связано, скорее, не с видом возбуждаемых процедур, а с тем фактом, выступает ли заявителем должник или же кредитор. Исключением из подхода, предусматривающего аналогичные критерии открытия производства в отношении как ликвидации, так и реорганизации, будут являться такие системы, которые благоприятствуют реорганизации и в рамках которых как должнику, так и кредитору запрещается инициировать ликвидационное производство до тех пор, пока не будет определена невозможность проведения реорганизации. В таком случае критерием открытия ликвидационного производства будет не общее прекращение платежей, а, скорее, решение о том, что реорганизация не может быть проведена.

5. Процедурные вопросы

a) Начало процедур

41. Законодательство о несостоятельности должно конкретно указывать, каким образом может быть подано заявление о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности многих стран требует, чтобы такое заявление подавалось в какой-либо конкретный суд, хотя имеются и другие примеры существования законодательных положений, которые предусматривают, чтобы процедуры начинались путем подачи должником заявления в орган, регулирующий деятельность корпораций. Это ставит вопрос об участии суда в процедурах несостоятельности, который рассматривается в Части первой.

---

[4] Такой платеж может также предусматривать вознаграждение для управляющего в деле о несостоятельности (см. главу V.B, а также обсуждение вопроса об издержках, связанных с производством по делу о несостоятельности, в главе II.B.7).

b) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности

42. [32] Предварительный процедурный вопрос касается того, каким образом может быть открыто производство после подачи соответствующего заявления. Во многих странах обычной практикой является вынесение на основании заявления об открытии производства решения компетентного суда о том, выполнены ли необходимые условия для открытия производства. В ряде стран такое решение может быть также вынесено соответствующим административным учреждением, которое играет центральную надзорную роль в процедурах несостоятельности. В то же время основной вопрос заключается не в том, кто выносит решение об открытии производства, а, скорее, в том, какие действия соответствующий орган должен предпринять для принятия такого решения. Условия открытия производства, преследующие цель содействия простому и оперативному доступу к процедурам несостоятельности, не только способствуют рассмотрению судом соответствующего заявления благодаря снижению процессуальной сложности и оказанию ему помощи в принятии своевременного решения, но и могут способствовать уменьшению издержек, связанных с таким производством, и увеличению прозрачности и предсказуемости. Вопрос об издержках может иметь особое значение в случае несостоятельности мелких и средних коммерческих предприятий.

43. [33] При установлении требований в отношении открытия производства в законодательстве о несостоятельности некоторых стран проводится различие между добровольной и принудительной подачей заявлений. В законодательстве ряда стран добровольная подача заявления должником выполняет функцию подтверждения несостоятельности и ведет к автоматическому открытию производства, если только не доказано, что должник злоупотребляет этими процедурами, с тем чтобы уклониться от выполнения требований кредиторов. И напротив, в случае принудительной подачи заявления суд до вынесения своего решения об открытии производства должен рассмотреть вопрос о том, были ли соблюдены критерии для открытия такого производства. В законодательстве других стран, независимо от добровольной или принудительной подачи заявления, от суда требуется не только определение факта соблюдения соответствующих условий для открытия производства, но и определение того, какие виды испрашиваемых процедур являются надлежащими с учетом конкретного положения должника. Если проводимая оценка является сложной и существует вероятность задержек в период между подачей заявления и открытием производства, то существует также вероятность возникновения в этот период новых долгов, поскольку должник продолжает свою коммерческую деятельность и допускает увеличение торговой задолженности, с тем чтобы сохранить потоки наличных средств, равно как и вероятность распыления активов в результате действий кредиторов. В случае применения этого подхода одно из средств уменьшения потенциальной сложности такой оценки заключается в том, чтобы предусмотреть, во-первых, проведение оценки после открытия производства, когда суду может быть оказана помощь управляющим в деле о несостоятельности и другими специалистами, и, во-вторых, возможность преобразования ликвидации в реорганизацию, и наоборот. В случае применения этого подхода законодательство о несостоятельности, возможно, должно будет установить четкие правила, касающиеся приоритета в выплате долгов, возникших в течение такого периода, полномочий должника распоряжаться в течение данного периода активами, а также вероятности расторжения несанкционированных сделок, заключенных в течение периода оценки.

c) Установление срока для вынесения решения об открытии производства

44. [34] Если решение об открытии производства должно быть принято судом, то целесообразно, чтобы такое решение выносилось своевременно для обеспечения как определенности, так и предсказуемости процесса принятия решений и эффективного ведения производства без каких-либо задержек. Законодательство о несостоятельности некоторых стран устанавливает предельные сроки в отношении периода после подачи заявления, в течение которого должно быть принято решение об открытии производства. Законодательство таких стран проявляет тенденцию к проведению различия между добровольной и принудительной подачей заявлений, причем решение в случае добровольной подачи заявлений, как правило, принимается более оперативно. Любой дополнительный период для принудительной подачи заявлений призван создавать возможность для незамедлительного направления должнику соответствующего уведомления и предоставления должнику шанса дать ответ в связи с таким заявлением.

45. [34] Хотя такой подход, основывающийся на установлении предельных сроков, может служить достижению целей обеспечения определенности и прозрачности как для должника, так и для кредиторов, достижение этих целей, возможно, необходимо будет сбалансировать с учетом вероятных недостатков. Например, установление фиксированного срока может быть недостаточно гибким инструментом для учета конкретных обстоятельств дела, такой срок может быть произвольным и не учитывать ресурсы, имеющиеся в распоряжении органа, ответственного за осуществление надзора над процедурами несостоятельности, или не учитывать местных приоритетов такого органа (особенно тогда, когда несостоятельность является лишь одним из вопросов, за решение которых он несет ответственность). Кроме того, могут возникнуть трудности с обеспечением соблюдения установленных сроков органом, ответственным за принятие решений, и определением того, что произойдет в случае несоблюдения. Период времени между подачей заявления и принятием решения об открытии производства должен также отражать характер испрашиваемого производства, процесс подачи заявления и последствия открытия производства в любом конкретном режиме. Например, степень, в которой уведомление заинтересованным сторонам должно быть направлено и сбор информации должен быть завершен до открытия производства, будет разной в различных режимах, требующих установления разных сроков. По этим причинам целесообразно использовать в законодательстве о несостоятельности гибкий подход, подчеркивающий преимущества оперативного принятия решений и содержащий рекомендации в отношении того, какой срок следует считать разумным, но одновременно признающий местные ограничения и приоритеты.

d) Отказ в удовлетворении заявления об открытии производства

46. [15] В предыдущих пунктах приводится ряд примеров, когда желательно, чтобы суд имел право отказать в

удовлетворении заявления об открытии производства либо по причине ненадлежащего использования таких процедур, либо по техническим причинам, связанным с выполнением критериев для открытия производства. Приведенные случаи включают примеры как добровольной, так и принудительной подачи заявлений. Главными среди оснований для отказа в удовлетворении такого заявления являются те случаи, в которых установлено, что должник не выполнил критерии для открытия производства; в которых долг является предметом правомерного спора или же зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей сумму долга; в которых должник использует несостоятельность в качестве средства уклонения от незамедлительной уплаты своих долгов кредиторам в полном объеме или получения освобождения от исполнения обременительных обязательств, например трудовых соглашений; в которых кредитор использует несостоятельность взамен обращения к процедурам принудительного взыскания задолженности (которые могут быть плохо разработаны) или же в попытке вытеснить жизнеспособное коммерческое предприятие с рынка или получить выплаты на преференциальной основе. С этим связан вопрос о преобразовании заявления или производства с, например, ликвидации в реорганизацию (вопросы такого преобразования рассматриваются в Части второй, глава I.C и глава V.A.14). Если имеются доказательства ненадлежащего использования таких процедур либо должником, либо кредиторами, то законодательство о несостоятельности может предусматривать применение санкций к стороне, злоупотребляющей такими процедурами, или компенсацию ущерба и, возможно, убытков стороной, прибегающей к таким процедурам ненадлежащим образом, другой стороне. Средства правовой защиты могут также предусматриваться положениями иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности.

e) Уведомление об открытии производства

47. [35] Направление уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности играет решающую роль в достижении ряда ключевых целей режима несостоятельности: оно обеспечивает прозрачность процедур и равную информированность всех кредиторов в случае добровольного производства.

i) Уведомление, направляемое кредиторам

48. [36] В случае добровольной подачи заявления или подачи заявления должником кредиторы и другие заинтересованные стороны прямо заинтересованы в получении уведомления об открытии производства и возможности оспорить презумпции допустимости и несостоятельности (возможно, в течение оговоренного срока, с тем чтобы не допустить необоснованных задержек в осуществлении процедур). Вместе с тем возникает вопрос о моменте, в который уведомление должно направляться кредиторам, т. е. в момент подачи заявления или в момент открытия производства. Интересы кредиторов в получении информации о факте подачи заявления, возможно, потребуется сбалансировать при определенных обстоятельствах с учетом вероятности того, что если уведомление о подаче заявления направляется, то отклонение заявления должника может оказать излишне неблагоприятное воздействие на положение должника или же кредиторы могут получить повод для предъявления в последний момент исков о взыскании по своим требованиям. Эти вызывающие озабоченность моменты могут быть устранены, если будет предусмотрено, что кредиторам будет направляться уведомление об открытии производства.

ii) Уведомление, направляемое должнику

49. [37] Однако в случае принудительной подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или подачи такого заявления кредитором должнику необходимо предоставить право на незамедлительное получение уведомления о подаче такого заявления, а также возможность быть заслушанным и оспорить утверждения кредиторов о его финансовом положении (см. Часть вторую, глава IV.A). [35] Тем не менее могут существовать исключительные обстоятельства, для которых может быть предусмотрено снятие с разрешения суда требования о направлении уведомления должнику на том основании, что такое уведомление невозможно направить или что оно пойдет вразрез с целью конкретного заявления. Такие обстоятельства могут включать случаи, когда должник или управляющие предприятия должника исчезли или когда направление уведомления о подаче такого заявления может привести к тому, что должник выведет активы из-под возможного контроля кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. Если суд снимает требование о направлении уведомления о подаче заявления и открывает производство, то должник тем не менее должен получить уведомление о таком распоряжении суда как можно скорее.

iii) Уведомление, направляемое иным сторонам, чем кредиторы

50. Вполне может существовать целый ряд иных сторон, чем кредиторы, которые могут нуждаться в уведомлении об открытии производства. В число этих сторон могут входить почтовое ведомство (особенно тогда, когда предназначающаяся должнику корреспонденция должна доставляться управляющему в деле о несостоятельности), налоговые органы, органы социального обеспечения и органы, регулирующие деятельность корпораций.

iv) Метод направления уведомления и содержание уведомления

51. [38] Помимо вопроса о моменте направления уведомления в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос о методе уведомления и о той информации, которая должна включаться в уведомление для обеспечения его эффективности. В рамках вопроса о методе уведомления могут быть урегулированы такие аспекты, как сторона, которая должна направить уведомление (например, суд или сторона, подающая заявление), и порядок предоставления соответствующей информации. Например, хотя известным кредиторам уведомление может направляться непосредственно, необходимость информировать неизвестных кредиторов заставила законодателей потребовать опубликования уведомления в официальном правительственном издании или в коммерческой или другой общенациональной газете, имеющей широкое распространение (см. статью 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности). Возможно, потребуется рассмотреть вопрос о том, будет ли такое требование эффективным с точки зрения затрат во всех случаях. Информация, которую требуется отразить в уведомлении, может затрагивать последствия открытия производства (особенно в том, что касается заявления о введении моратория, см. главу III); срок для предъявления исков; способ предъявления исков и место, в котором они должны быть предъявлены; процедуру и любые требования в отношении формы, соблюдение которых необходимо для предъявления иска; рекомендацию в отношении того, какие кредиторы должны предъявлять

иски (т. е. должны ли обеспеченные кредиторы предъявлять иск, см. Часть вторую, глава VI.A); последствия непредъявления иска и информацию, касающуюся совещаний кредиторов.

f) Имущественная масса, не имеющая активов

52. [175] Многие должники, которые соблюдают критерии для открытия производства по делу о несостоятельности, никогда не достигнут стадии формальной ликвидации, поскольку кредиторам представляется, что в имущественной массе не имеется активов для финансирования управления процедурами несостоятельности, а должники, находящиеся в таком положении, весьма редко будут предпринимать шаги с целью открытия производства. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что в случае подачи заявления об открытии производства оно будет отклонено, если суд определил факт отсутствия активов, тогда как аналогичное законодательство других стран предусматривает механизм для назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения (см. Часть вторую, глава IV.B). Подобное законодательство некоторых других стран предусматривает дополнительное взыскание с кредиторов средств на управление имущественной массой (см. раздел, посвященный издержкам, ниже).

53. Существует целый ряд причин, особенно соображения публичного порядка, обусловливающих необходимость разработки механизма, который дает должнику, не располагающему, по всей видимости, какими-либо активами, возможность управлять своим предприятием в рамках официального производства. Если законодательство о несостоятельности не предусматривает проведения ознакомительных расследований в отношении несостоятельных компаний, не располагающих активами, то оно практически ничего не предусматривает для обеспечения соблюдения справедливого коммерческого поведения или содействия соблюдению стандартов надлежащего управления коммерческими предприятиями. Активы могут быть изъяты из компаний или перемещены в смежные компании до ликвидации без каких-либо опасений в отношении расследования или применения положений об оспаривании или других гражданско-правовых или уголовных положений законодательства. Механизм управления будет способствовать преодолению какого-либо восприятия, согласно которому такие злоупотребления встречаются с терпимостью, может предусматривать возвращение кредиторам средств тогда, когда ранее заключенные сделки могут быть расторгнуты, и может обеспечивать способ расследования в отношении поведения управляющих предприятиями таких должников.

54. Механизмы управления такой имущественной массой могут включать, как отмечалось выше, взимание дополнительного сбора с кредиторов для финансирования процесса управления; создание какого-либо публичного органа или использование существующего органа для управления имуществом несостоятельных должников; создание фонда, из которого будут покрываться издержки; [176] назначение специалиста по вопросам несостоятельности на основе списка или системы ротации, что призвано обеспечить справедливое и упорядоченное урегулирование всех дел о несостоятельности, будь то в отсутствие активов или при их наличии, если управляющему в деле о несостоятельности будет выплачиваться установленное вознаграждение государством или если издержки будут непосредственно нести управляющие в деле о несостоятельности и они будут субсидироваться их клиентами в целом (поскольку ставки их вознаграждения могут быть скорректированы с учетом неоплачиваемой работы). Если создание такого механизма предусмотрено положениями законодательства о несостоятельности, то, возможно, потребуется также рассмотреть вопрос об определении тех должников, к которым будут применяться данные положения, например путем ссылки на должника, который располагает необремененными активами меньшей стоимости, чем установленная стоимость, что в иных случаях позволит осуществить ликвидацию.

6. Издержки, связанные с производством по делу о несостоятельности

55. Эффективность с точки зрения затрат помимо оперативности и действенности представляет собой важный аспект эффективного режима несостоятельности, который имеет отношение ко всем этапам процедуры несостоятельности. Таким образом, крайне важно при разработке режима несостоятельности избегать возникновения ситуации, при которой такая процедура сопряжена со значительными издержками, что будет сдерживать кредиторов и нанесет ущерб основным целям данной процедуры. Это имеет особое значение в случае несостоятельности небольших и средних предприятий. Кроме того, это может быть особенно важным и в том случае, когда, например, должник имеет большую задолженность, которая охватывает долги целому ряду небольших кредиторов, индивидуальные долги которым могут и не быть достаточными для покрытия издержек, связанных с применением процедуры подачи заявления, или когда в имущественной массе имеется мало активов.

56. [39] Применительно к подаче заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности как должниками, так и кредиторами могут быть установлены определенные сборы. К вопросу о размере устанавливаемых сборов могут применяться различные подходы. Один из возможных подходов заключается в том, чтобы предусмотреть выплату фиксированной суммы, которая может быть использована для целей финансирования расходов системы урегулирования дел о несостоятельности. [39] В то же время если размер этой суммы будет высоким, то это может служить сдерживающим фактором и противоречить цели обеспечения удобного, недорогостоящего и оперативного доступа к процедурам несостоятельности. С другой стороны, очень низкая сумма может быть недостаточной для сдерживания подачи непродуманных заявлений, и, таким образом, желательно обеспечить баланс с точки зрения необходимости достижения этих двух целей. Законодательство о несостоятельности некоторых стран требует, чтобы кредиторы, подающие заявление, гарантировали покрытие издержек, связанных с производством, в размере до определенной фиксированной суммы и выплачивали определенную процентную долю от общей суммы требований или же фиксированную сумму в качестве гарантии оплаты издержек. Согласно законодательству некоторых стран, требующему выплаты определенной суммы в качестве обеспечения покрытия издержек, эта сумма может быть возмещена за счет имущественной массы, если имеются достаточные активы, причем определенные кредиторы, например служащие, освобождаются от предоставления требуемого обеспечения. Законодательство других стран требует в качестве условия открытия производства, чтобы необремененные активы, входящие в состав имущественной массы, были достаточными для покрытия издержек, связанных с производством. Если их размер яв-

ляется недостаточным, то такое законодательство, как правило, предусматривает отклонение заявления или же его рассмотрение в соответствии с положениями, касающимися имущественной массы, в которой не имеется активов (см. выше).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся подачи заявления и открытия производства по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) облегчить доступ должников и кредиторов к средствам защиты, предусматриваемым законодательством о несостоятельности;

b) определить суд, который будет обладать юрисдикцией в отношении производства по делу о несостоятельности и любого другого вопроса, возникающего при ведении производства по делу о несостоятельности;

c) установить прозрачные и ясные критерии подачи заявления и открытия производства;

d) создать возможности для подачи и рассмотрения заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности оперативным, действенным и эффективным с точки зрения затрат образом;

e) установить действенные требования применительно к уведомлению об открытии производства;

f) установить базовые гарантии для защиты как должников, так и кредиторов от ненадлежащего использования процедуры подачи заявлений.

Содержание законодательных положений

Круг лиц, которые могут подавать заявления

17) [(16)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что заявление об открытии производства по делу о несостоятельности должно подаваться в конкретно указанный суд и четко указывать круг лиц, которые могут подавать такие заявления. В этот круг должны входить должник и кредиторы.

Критерии открытия производства

18) [(17)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что критерии открытия производства по делу о несостоятельности как при ликвидации, так и при реорганизации должны быть следующими:

a) в случае подачи заявления должником – факт, что должник не способен и не будет способен уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения [или, альтернативно, что стоимость его пассивов превышает стоимость его активов];

b) в случае подачи заявления кредитором – факт, что должник не способен уплатить свои долги, сроки погашения которых наступили [или, альтернативно, что стоимость его пассивов превышает стоимость его активов].

Презумпция неспособности должника выплатить свои долги

Вариант 1

19) [(18)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать, что если должник не выплачивает один или несколько долгов с наступившим сроком погашения и если этот долг не является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей эту сумму, то данный должник считается неспособным уплатить свои долги[5].

Вариант 2

19) [(18)] Законодательство о несостоятельности может включать презумпцию, согласно которой должник считается неспособным уплатить свои долги при конкретно указанных обстоятельствах, с тем чтобы содействовать открытию производства одним или несколькими кредиторами[6]. Такие обстоятельства могут включать:

a) то обстоятельство, что должник не произвел платеж конкретно указанному числу кредиторов, будь то путем ссылки на число требований, срок погашения которых наступил (например, одного или нескольких требований), на конкретную стоимость требований, срок погашения которых наступил (например…) или на то и другое; и

b) то обстоятельство, что долги, срок погашения которых наступил, не являются предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей эту сумму.

Открытие производства по заявлению должника

20) [(19)] В случае, когда заявление об открытии производства подается должником, законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что производство будет открываться либо:

a) в силу заявления, функционирующего в качестве автоматического открытия производства; либо

b) судом, который должен оперативно принять решение о том, открывать ли производство по делу о несостоятельности.

Открытие производства по заявлению кредитора

21) [(20)] Для случаев, когда заявление об открытии производства подается кредитором, законодательство о несостоятельности должно требовать, чтобы:

a) уведомление о подаче заявления было оперативно направлено должнику;

b) должнику была предоставлена возможность представить ответ на такое заявление; и

c) суд оперативно принял решение по вопросу о том, открывать ли производство по делу о несостоятельности.

Уведомление об открытии производства

22) [(21)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что уведомление об открытии производства по делу о несостоятельности должно быть предано гласности в таком издании, как официальный правительственный бюллетень или широко распространяемая обще-

---

[5] В случае, когда должник не уплатил долг с наступившим сроком погашения, а кредитор получил судебное решение в отношении должника в связи с этим долгом, необходимости в установлении презумпции того, что должник не способен уплатить свои долги, не возникает.

[6] Должник может опровергнуть эту презумпцию, показав, например, что он способен уплатить свои долги; что долг является предметом правомерного спора; или что срок погашения долга не наступил. Рекомендации в отношении направления уведомления об открытии производства обеспечивают защиту для должника путем установления требования того, чтобы уведомление о подаче заявления об открытии производства направлялось должнику и путем предоставления должнику возможности опровергнуть данную презумпцию.

национальная газета, в случае необходимости и эффективным с точки зрения затрат образом, или же оно должно быть предано гласности с помощью [надлежащих] [соответствующих] публичных регистров [будь то электронных или нет]. Законодательство о несостоятельности может указывать, кто несет обязательство за направление такого уведомления.

23) [(22)] Законодательство о несостоятельности должно требовать, чтобы всем известным кредиторам [которые могут быть идентифицированы на основании учетных книг и отчетности должника] уведомление направлялось в индивидуальном порядке, если только суд не сочтет, что с учетом обстоятельств более уместной была бы какая-либо иная или дополнительная форма уведомления.

24) [(22)] Законодательство о несостоятельности должно требовать, чтобы в уведомлении об открытии производства было указано следующее:

a) любой применимый срок для предъявления иска, способ предъявления иска и место, в котором может быть предъявлен иск;

b) процедура или любые требования в отношении формы, необходимые для предъявления иска;

c) последствия непредъявления иска; и

[*d)* информация относительно совещаний кредиторов].

Отказ в удовлетворении заявления об открытии производства

25) [(23)] Если решение об открытии производства выносится судом (будь то по заявлению должника или кредиторов)[7], то законодательство о несостоятельности должно разрешать суду отклонять заявление, если суд установит, что[8]:

a) заявление представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности;

b) в случае подачи заявления кредитором – долг является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей эту сумму; или

c) в случае подачи заявления о ликвидации – критерии открытия производства не были соблюдены.

Имущественная масса, не имеющая активов

26) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать режим имущественной массы, в которой не имеется активов. Могут применяться различные подходы, включая отклонение заявления на основании оценки суда, согласно которой не имеется активов, или открытие производства и назначение управляющего в деле о несостоятельности для управления имущественной массой в случае наличия различных механизмов назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения [см. главу IV.B].

[7] См. рекомендации 20 и 21.

[8] При определенных обстоятельствах может быть уместным преобразование производства после его открытия из ликвидации в реорганизацию или из реорганизации в ликвидацию: см. главу I, раздел B.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.B–F и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)	*Пункты*	*Стр.*
III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ		216
A. Затрагиваемые активы	57–70	216
1. Введение	57–58	216
2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности	59–65	216
3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности	66–68	217
4. Возвращенные активы	69–70	218
Рекомендации	27–29	219

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Затрагиваемые активы

1. Введение

57. [40] Основополагающим элементом процедур несостоятельности является необходимость выявления, сбора, сохранения и реализации активов, принадлежащих должнику. Во многих системах несостоятельности в отношении активов несостоятельного должника устанавливается специальный режим, иногда именуемый имущественной массой в делах о несостоятельности, в отношении которой управляющий в деле о несостоятельности будет обладать конкретно оговоренными полномочиями. В настоящем руководстве термин "имущественная масса" используется в функциональном смысле для указания на активы, принадлежащие должнику, которые находятся под контролем управляющего в деле о несостоятельности и которые являются предметом производства по делу о несостоятельности. В вопросе о толковании понятия имущественной массы применительно к делам о несостоятельности в различных правовых системах имеются некоторые важные различия. В ряде стран законодательство о несостоятельности предусматривает, что правовой титул на активы передается назначенному должностному лицу. В других странах должник продолжает оставаться юридическим собственником активов, однако его полномочия на управление активами или распоряжение ими ограничиваются (например, либо должник не обладает такими полномочиями, либо его полномочия ограничиваются использованием активов в ходе обычной предпринимательской деятельности, а распоряжение ими, в том числе создание обеспечительных прав, требует согласия управляющего в деле о несостоятельности или суда).

58. [41] Независимо от правовых традиций соответствующей страны в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать те категории активов, на которые будет распространяться действие процедур несостоятельности (и которые, таким образом, включаются в понятие "имущественной массы", если подобная терминология используется), и определить порядок, при котором они охватываются такими процедурами, включая уточнение относительных полномочий различных участников в отношении данных активов. Идентификация активов и их режим будут определять охват и ведение производства и, особенно в случае реорганизации, будут иметь существенные последствия для возможного успеха такого производства. Четкая регламентация этих вопросов позволит обеспечить прозрачность и определенность как для кредиторов, так и для должника.

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

a) Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности

59. [43] Можно предположить, что в имущественную массу должны включаться все активы, в которых должник имеет интерес, независимо от того, находятся ли они во владении должника в момент открытия производства, включая все материальные и нематериальные активы. Как правило, активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности либо должником, либо управляющим в деле о несостоятельности также будут включены в имущественную массу. К материальным активам относятся активы, которые легко определяются по балансовым отчетам должника, такие как кассовая наличность, оборудование, товарные запасы, незавершенное строительство, банковские счета, дебиторская задолженность и недвижимость. Активы, относимые к категории нематериальных активов, могут по-разному определяться в различных государствах в зависимости от внутригосударственного законодательства, однако к ним могут относиться интеллектуальная собственность, коносаменты, ценные бумаги и финансовые инструменты, страховые полисы, договорные права (включая права, относящиеся к имуществу, которое находится в собственности третьих сторон) и право на иск, возникающее из деликта[1], в объеме, соответствующем интересу должника. В случае физических лиц в имущественную массу могут включаться также такие активы, как права наследования, в которых должник имеет интерес, или на которые он может претендовать в момент открытия производства по делу о несостоятельности, или которые возникают в процессе производства по делу о несостоятельности.

b) Активы, обремененные обеспечением

60. Один из вопросов, имеющих определенное значение, заключается в том, охватывает ли законодательство о несостоятельности активы, обремененные обеспечением, в качестве части имущественной массы в делах о несостоятельности. [46] В законах о несостоятельности используются различные подходы применительно к режиму активов, обремененных обеспечительными интересами. В законодательстве многих стран предусматривается, что активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, причем открытие производства обусловливает наступление различных последствий, таких как ограничение осуществления обеспечительных прав, принадлежащих кредиторам или третьим сторонам (например, в результате применения моратория или других последствий открытия производства). Если активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, то на них могут распространяться определенные меры защиты, например меры, касающиеся сохранения стоимости актива, обремененного обеспечением, а также оговоренных ситуаций, в которых актив, обремененный обеспечением, может быть отделен от имущественной массы (см., например, главу III.C). В тех случаях, когда активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу, в законодательстве о несостоятельности следует четко установить, что подобное включение не лишает обеспеченных кредиторов их имущественных прав в активах, обремененных обеспечением, даже если это в действительности приводит к ограничению пределов осуществления таких прав.

61. [46] В законодательстве о несостоятельности других стран предусматривается, что обеспечительное право не затрагивается несостоятельностью и что обеспеченные кредиторы могут предпринимать действия для реализации

---

[1] Некоторые правовые системы исключают деликты личного характера, например диффамацию, ущерб кредитоспособности или репутации, когда должник сохраняет личное право предъявить иск и удерживать возмещение на том основании, что в ином случае стимул к возмещению ущерба был бы ослаблен. *[Какова позиция в отношении личного вреда?]*

своих юридических и договорных прав. Имеются примеры законодательных положений, предусматривающих, что даже в том случае, когда активы, обремененные обеспечением, не затрагиваются несостоятельностью, должник, с согласия управляющего в деле о несостоятельности, может просить суд не допускать принудительного исполнения, если данный актив является необходимым для дальнейшего проведения деловых операций. [47] Преимущество исключения активов, обремененных обеспечением, может заключаться в общем 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 это общее преимущество для экономики, возможно, потребуется сопоставить с теми преимуществами, которые могут быть получены в связи с конкретными делами о несостоятельности, особенно при реорганизации, и когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, причем эти преимущества связаны с тем, что могут использоваться все активы должника, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, с момента открытия такого производства. Ограничение осуществления прав обеспеченными кредиторами может не только способствовать обеспечению равного режима для кредиторов, но и играть важнейшую роль в ходе производства, когда активы, обремененные обеспечением, имеют решающее значение для предприятия. Например, когда производственное оборудование или арендованные производственные помещения играют жизненно важную роль в коммерческих операциях 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 производства.

62. Законодательство о несостоятельности может предоставлять обеспеченным кредиторам различные варианты реализации их обеспечения. Эти варианты могут включать, например, реализацию обеспечения в том случае, когда законодательство о несостоятельности допускает это, причем кредитор предъявляет иск в отношении любых недостающих средств в качестве необеспеченного кредитора, если полученная сумма является меньшей, чем сумма иска (если полученная сумма превышает сумму иска, то обеспеченный кредитор будет обязан представить отчет управляющему в деле о несостоятельности в отношении излишка); проводит оценку стоимости имущества и предъявляет иск в отношении остатка в качестве необеспеченного кредитора; и передает актив, обремененный обеспечением, управляющему в деле о несостоятельности при условии выплаты его стоимости.

c) Активы, находящиеся в совместной собственности

63. Если должник является физическим лицом и если личное имущество находится в совместной собственности должника и супруги или супруга должника, то законодательство о несостоятельности использует различные подходы к определению режима таких активов. Один из подходов заключается в полном исключении данного имущества из 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 общими нормами права это имущество может быть разделено для целей исполнения (если разделение таких активов будет произведено за рамками законодательства о несостоятельности и производства по делу о несостоятельности).

d) Активы, принадлежащие третьим сторонам

64. [48] Сложные вопросы могут возникать при определении того, принадлежат ли конкретные активы должнику или другой стороне и следует ли включать в имущественную массу активы третьей стороны, которые находятся во владении должника в соответствии с соглашениями об использовании, аренде или лицензировании в момент открытия производства. Законодательство о несостоятельности некоторых стран рассматривает такие активы как входящие в состав имущественной массы. В других случаях имущественная масса будет, как правило, включать, как указано выше в общем определении имущественной массы, любые права, которыми должник может обладать в отношении активов, принадлежащих третьим сторонам. [48] Могут иметь место случаи, когда активы, принадлежащие третьей стороне, например активы, обремененные обеспечением, могут иметь важнейшее значение для продолжения деятельности предприятия, будь то при реорганизации или продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, и в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразным предусмотреть определенный механизм, который позволит сохранить эти активы для использования в ходе производства по делу о несостоятельности. Этот вопрос далее рассматривается в главе III.C.

e) Момент образования имущественной массы

65. [42] Законодательство о несостоятельности должно конкретно указывать дату образования имущественной массы путем ссылки на активы, которые будут считаться частью имущественной массы, с тем чтобы обеспечить для должника и кредиторов определенность. Можно предположить, что в имущественную массу должны включаться активы должника по состоянию на дату открытия производства по делу о несостоятельности, 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 III.F) или же в ходе обычного функционирования предприятия должника.

3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности

a) Исключения общего характера

66. 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 определенные активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, которые находятся во владении должника в момент открытия производства, например активы, находящиеся в доверительной собственности, и активы, которые находятся во владении должника по условиям какого-либо соглашения (будь то договорного или иного), сопряженного не с передачей правового титула, а скорее с использованием данных активов и возвращаемых собственнику средств после достижения цели, для которой они бы-

ли переданы во владение должника[2]. Режим активов, используемых должником в соответствии с договором аренды, когда арендодатель сохраняет правовой титул, может требовать особого внимания. В некоторых правовых системах активы, на которые кредитор сохраняет правовой титул или право собственности (например, сохранение правового титула обеспеченным кредитором или же в соответствии с договором аренды), могут быть отделены от имущественной массы в делах о несостоятельности. В других правовых системах, если экономические условия сделки (которая не сопряжена с передачей правового титула должнику) показывают, что существует способ финансирования приобретения актива, хотя оно и структурировано в качестве аренды, то такой договор может рассматриваться как договор об обеспеченном кредитовании, и на арендодателя распространяется действие такого же режима, как и на других обеспеченных кредиторов. Подобная сделка будет способом финансирования тогда, когда в конце срока аренды либо должник может сохранять данный актив для выплаты номинальной суммы, либо остающаяся стоимость данного актива является незначительной. В соответствии с любым из этих подходов такой актив может использоваться управляющим в деле о несостоятельности при соблюдении определенных условий, как описывается в главе III.C.

[*Просьба иметь в виду, что нынешний проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам рекомендует, чтобы все такие правовые способы были сгруппированы с другими формами соглашений об обеспеченном кредитовании в общую категорию "обеспечительных интересов" и чтобы их режим был аналогичным в ходе производства по делу о несостоятельности, однако разработка этого подхода еще должна быть завершена Рабочей группой VI.*]

b) Иностранные активы

67. Вопрос о том, станет ли имущество должника, находящееся за пределами страны, в которой ведется производство по делу о несостоятельности, частью имущественной массы, выдвигает на первый план проблематику трансграничной несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран используется подход, согласно которому должна применяться единая процедура несостоятельности с учетом страны, в которой должник имеет свою головную контору или место регистрации или инкорпорации (центр основных интересов), которая будет применяться к активам должника, где бы они ни находились (универсальный подход). Законодательство о несостоятельности других стран основывается на подходе, предусматривающем открытие различного производства в правовых системах, в которых предприятие имеет активы или в которых находятся различные филиалы или предприятия должника (территориальный подход). Такое разнообразие подходов порождает значительную неопределенность и подрывает действенное применение внутригосударственного законодательства о несостоятельности. 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. Этот режим призван быть сопоставимым со всеми правовыми системами и более подробно рассматривается в главе VIII.

c) Случай, когда должником является физическое лицо

68. [45] В случае несостоятельности физического лица законодательство о несостоятельности может предусматривать, что из имущественной массы должны исключаться определенные активы, относящиеся, например, к поступлениям, полученным после подачи заявления в результате оказания личных услуг, а также активы, которые необходимы должнику для того, чтобы зарабатывать средства к существованию, и личные и домашние активы, такие как мебель, предметы домашнего обихода, постельное белье, одежда и другие активы, которые необходимы для удовлетворения элементарных бытовых потребностей должника и его семьи. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматриваются исключения в отношении активов физического лица, такие исключения должны быть четко оговорены и их число сведено к минимуму, необходимому для защиты личных прав должника и предоставления должнику 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[3].

4. Возвращенные активы

a) Производство с целью расторжения сделки

69. [50] Активы, на которые будет распространяться производство, будут включать любые активы, возвращенные управляющим в деле о несостоятельности, которые были переданы ненадлежащим образом или переданы в момент наступления несостоятельности, в результате чего принцип pari passu (т. е. правило о том, что кредиторы одной и той же очереди пользуются одинаковым режимом и получают платежи пропорционально своим требованиям из активов имущественной массы) был нарушен. В большинстве правовых систем предусматриваются средства, позволяющие расторгать ранее заключенные сделки и возвращать полученную по таким сделкам стоимость, когда в результате таких сделок некоторым кредиторам предоставляется преференциальный режим или когда они носят мошеннический характер или же совершаются с целью нарушения прав кредиторов (см. Часть вторую, глава III.F).

b) Несанкционированные сделки

70. Законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает принятие мер, призванных ограничить степень, в которой должник, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, может распоряжаться своими активами без разрешения суда или управляющего в деле о несостоятельности. Эти ограничения, как правило, будут применяться после подачи заявления об открытии производства (в тех случаях, когда полномочия распоряжаться активами имущественной массы предоставлены временному управляющему в деле о несостоятельности) и после открытия производства по делу о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности некоторых стран рассматривает сделки, которые приводят к несанкционированной передаче активов, как ничтожные

[2] Такое соглашение может быть известно как передача в зависимое держание, передача на хранение или […].

[3] В Европе, например, к этому имеет отношение Европейская конвенция о правах человека.

и не подлежащие исполнению в отношении имущественной массы в делах о несостоятельности, и предусматривает возможность истребования переданных активов, за исключением некоторых случаев, в которых партнер предоставляет стоимость или может доказать, что сделка не нанесла ущерба правам кредиторов. Законодательство о несостоятельности других стран обеспечивает получение такого же результата, распространяя на несанкционированные договоры действие положений, предусматривающих расторжение сделок. Некоторые положения этого законодательства конкретно указывают виды сделок, которые могут быть расторгнуты в таких случаях, включая исполнение обязательств, возникающих до открытия производства, выплату задолженности, возникшей до подачи заявления, создание обеспечения в активах имущественной массы и распоряжение любым правом или активом, образующим часть имущественной массы.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся активов, затрагиваемых открытием производства по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) определить те активы, которые образуют имущественную массу;

b) определить те активы, которые будут прямо исключены из имущественной массы.

Содержание законодательных положений

Активы, образующие имущественную массу

27) [(24)] Законодательство о несостоятельности должно указывать активы, которые будут включены в имущественную массу. Такие активы могут включать:

a) активы, принадлежащие должнику, в том числе как материальные, так и нематериальные активы[4], независимо от того, находятся ли они во владении должника и обременены ли они обеспечительным интересом в пользу какого-либо кредитора [*как это определяется в соответствии с законодательством государства, регулирующим вопросы собственности и обеспеченных сделок*];

b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и

c) активы, возвращенные в результате расторжения сделок и других действий, возбужденных управляющим в деле о несостоятельности, в том числе в отношении несанкционированных сделок.

28) В случае производства по делу о несостоятельности, когда должник имеет центр своих основных интересов, законодательство о несостоятельности должно конкретно указывать на то, будет ли имущественная масса включать все активы, где бы они не находились.

Активы, которые могут быть исключены

29) [(25)] Законодательство о несостоятельности должно конкретно указывать, какие активы следует исключать из имущественной массы. Когда должником является физическое лицо, то исключаемые активы будут охватывать те активы, которые требуются для сохранения личных прав должника и которые могут включать активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности. Исключение таких активов, как правило, не предусматривается для предприятий-должников.

---

[4] 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.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; разделы A и B главы II содержатся в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; раздел A главы III содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5; разделы C–F главы III и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)	*Пункты*	*Стр.*
III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ		220
B. Защита и сохранение имущественной массы	71–104	220
1. Введение	71	220
2. Защита имущественной массы путем применения моратория	72–76	220
3. Сфера применения моратория	77–83	221
4. Процессуальные вопросы	84–95	222
5. Защита обеспеченных кредиторов	96–102	224
6. Ограничения на распоряжение активами должником	103–104	225
Рекомендации	30–42	225

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

B. Защита и сохранение имущественной массы

1. Введение

71. [53] Одна из важнейших целей эффективной системы несостоятельности заключается в создании защитного механизма для обеспечения того, чтобы стоимость активов имущественной массы не сокращалась в результате действий различных сторон, обладающих интересами в них, 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

72. [54] Что касается кредиторов, то один из основополагающих принципов законодательства о несостоятельности заключается в том, что производство носит коллективный характер, что требует защиты интересов всех кредиторов от индивидуальных действий, предпринимаемых одним из них. Во многих случаях 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 и препятствующего началу новых действий. В зависимости от сферы применения этого механизма для его обозначения используются различные названия, такие как мораторий, приостановление или временное приостановление. Для целей настоящего Руководства используется термин "мораторий", который наделяется широким смыслом для охвата как приостановления процессуальных действий, так и моратория на их возбуждение.

73. [55] В качестве общего принципа в случае ликвидации основное внимание уделяется продаже активов, полностью или частично, с тем чтобы можно было как можно скорее обеспечить получение платежа кредиторами. Главная цель заключается в максимизации стоимости. Введение моратория в случае ликвидации может обеспечить справедливое и упорядоченное управление процедурами, предоставить в распоряжение управляющего в деле о несостоятельности достаточное время, позволяющее избежать вынужденной продажи, которая не позволила бы достичь цели максимизации стоимости ликвидируемых активов, а также предоставить ему возможность для изучения вопроса о том, не может ли предприятие быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если коллективная стоимость активов может быть более высокой, чем в случае продажи активов по частям. Проблемы заключаются в обеспечении баланса между конкурирующими интересами обеспеченных кредиторов, которые нередко обладают обеспечением в некоторых из важнейших активов предприятия, и интересами необеспеченных кредиторов.

74. [55] В случае реорганизационного производства мораторий на процессуальные действия предоставляет должнику льготный срок для организации его дел, время для подготовки и утверждения плана реорганизации и принятия других мер, необходимых для успешного проведения реорганизации, включая свертывание убыточных направлений деятельности и выполнение обременительных контрактов. С учетом целей реорганизации мораторий оказывает более значительное воздействие и выполняет, таким образом, более важные функции, чем при ликвидации, и может являться важным стимулом, побуждающим должников обращаться за возбуждением реорганизационных процедур. В то же время открытие производства и введение моратория служат уведомлением деловых партнеров должника о неясных перспективах коммерческого предприятия. Это может вызвать кризис доверия, а также неопределенность в вопросе о том, какие последствия создаст несостоятельность для таких партнеров в качестве поставщиков, клиентов и служащих предприятия должника.

75. [56] Одним из ключевых вопросов при создании эффективного режима несостоятельности является вопрос о том, каким образом можно обеспечить баланс между этими вызывающими озабоченность моментами – незамедлительными преимуществами, которые получает должник в результате общего моратория, оперативно введенного для ограничения процессуальных действий кредиторов, и долгосрочными преимуществами, которые связаны с ограничением степени воздействия моратория на договорные отношения между должниками и кредиторами, особенно обеспеченными кредиторами.

76. [57] В вопросе о действии моратория в отношении различных прав законодательство о несостоятельности существенно различается. Практически не существует разногласий в отношении необходимости приостановления 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 коммерческих сделок и контрактов; обеспечить соблюдение установленных до наступления несостоятельности приоритетов обеспеченных кредиторов в том, что касается их прав на обеспечение; защитить стоимость обеспечительных интересов; обеспечить выплаты кредиторам из активов имущественной массы пропорционально их требованиям; добиться максимизации стоимости активов для всех кредиторов; и, в случаях реорганизации, обеспечить успешную реорганизацию жизнеспособного предприятия.

*[*b) *Временные меры перенесены в раздел 4* b) *"Момент введения моратория"]*

3. Сфера применения моратория

a) Действия, к которым будет применяться мораторий

77. [60] В некоторых странах применяется подход, согласно которому для обеспечения эффективности моратория он должен иметь весьма широкую сферу охвата и применяться в отношении всех средств правовой защиты и всех процессуальных действий в отношении должника и его активов, независимо от того, предпринимаются ли они в административном, судебном или индивидуальном порядке, и должен устанавливать временный запрет на действия и обеспеченных, и необеспеченных кредиторов по осуществлению их прав в принудительном порядке, а также на действия правительств по реализации их преимущественных прав. В числе примеров тех действий, 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 по возвращению имущества со стороны любого собственника или арендодателя в отношении имущества, которое используется или занимается должником или находится в его владении; уплата долга, взятого на себя должником до даты открытия производства, или предоставление обеспечения в отношении такого долга; право на передачу, обременение или иное распоряжение любыми активами должника (в случае реорганизации такое право может ограничиваться передачей, обременением или распоряжением вне рамок обычных коммерческих операций предприятия); и прекращение, временное приостановление или перерыв в предоставлении важнейших услуг (например, водо-, газо- и электроснабжение, а также телефонная связь) должнику. В статье 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VIII) предусматривается, например, что возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, а также производство исполнительных действий в отношении активов должника приостанавливаются.

78. [61] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что, когда юридические процессуальные действия в отношении должника (включая как продолжение, так и возбуждение таких процессуальных действий) включаются в сферу действия моратория в случае ликвидации, подобные действия могут быть продолжены по усмотрению суда, если он считает необходимым сохранить требование или установить его количественный объем. В статье 20(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, например, что действие моратория на возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков и процессуальных действий в отношении должника не затрагивает права на возбуждение индивидуальных исков или процессуальных действий в той мере, в которой это необходимо для сохранения требования к должнику. Законодательство о несостоятельности других стран предусматривает, что возбуждение или продолжение юридических процессуальных действий допускается, однако применение моратория исключает принудительное исполнение любого соответствующего предписания суда. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран проводится различие между регулятивными и денежными исками; в других странах законодательство по-прежнему допускает предъявление требований как регулятивного, так и денежного характера, а в третьих странах – лишь регулятивные требования. Другие положения законодательства о несостоятельности предусматривают, что 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 введен мораторий. В некоторых странах законодательство о несостоятельности также допускает возбуждение или продолжение процессуальных действий, имеющих своей целью воспрепятствовать принятию должником определенных мер, в частности мер, наносящих ущерб окружающей среде. В тех случаях, когда могут быть предъявлены требования к должнику, но последний лишен контроля, необходимо участие управляющего в деле о несостоятельности.

79. [62] В целях обеспечения прозрачности и предсказуемости весьма желательно четкое определение в законодательстве о несостоятельности действий, которые могут быть включены или исключены из сферы охвата моратория, независимо от лица, которое может возбуждать такие действия, будь то необеспеченные кредиторы (включая преференциальных кредиторов, таких как работники предприятия, держатели предусмотренных законом залоговых прав или правительства), третьи стороны (такие, как арендодатель или собственник имущества, которое находится во владении должника, или используется, или занимается им), обеспеченные кредиторы или другие стороны. Исключения могут включать следующее: [63] права на зачет требований и взаимозачет по финансовым контрактам (см. главу III.F Части второй), действия, направленные на защиту интересов публичного порядка, например в целях ограничения нанесения ущерба окружающей среде, или предотвращение злоупотреблений, например использования процедур несостоятельности в качестве прикрытия для незаконной деятельности.

b) Обеспеченные кредиторы

80. [69] 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 взыскание обеспечения или препятствующие ему. В конечном счете обеспеченный кредитор получает обеспечение в обмен на стоимость, которая отражает уверенность в возможности воспользоваться таким обеспечением. По этой причине решение вопроса о введении любых мер, которые ослабят уверенность в способности обеспеченного кредитора возвратить 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 счете подорвать не только автономию сторон в их коммерческих операциях и принцип важности соблюдения 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. [72] В некоторых законах о несостоятельности, исключающих обеспеченных кредиторов из действия моратория, пристальное внимание уделяется поощрению проведения до открытия производства переговоров между должником и кредиторами, направленных на достижение соглашения о будущем порядке действий. Если подобные процедуры завершатся успехом, то необходимости в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов может и не возникнуть. [70] В то же время в законодательстве о несостоятельности все большего числа стран признается, что в ряде случаев порядок, разрешающий обеспеченным кредиторам свободно вычленять свое обеспечение (для удовлетворения своих требований) из конкурсной массы, может создать препятствие для достижения основополагающих целей производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации, а также в тех случаях, когда предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации.

81. [71] В тех случаях, когда обеспечительные интересы включаются в сферу действия моратория, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены меры, которые будут гарантировать сохранение силы обеспечительных прав даже в случае введения моратория. Такие меры могут охватывать срок действия моратория, защиту стоимости обеспечения, уплату процентов и положение о снятии моратория в случае недостаточной защиты обеспеченных интересов или в случае, если обеспечение не является необходимым для продажи всего предприятия или его производственного подразделения.

i) Реорганизация

82. [70] При реорганизационном производстве, [74] когда имеется реальная возможность проведения реорганизации, желательно, чтобы сфера действия моратория была очень широкой и охватывала все категории процессуальных действий. [70] Когда активы, имеющие особенно важное значение для функционирования коммерческого предприятия должника, обременены обеспечительными интересами, взыскание по требованиям обеспеченных кредиторов при открытии производства может лишить должника возможности продолжить операции предприятия в течение периода, необходимого для подготовки плана реорганизации, и, когда такой план не является обязательным для обеспеченных кредиторов, делает невозможным реализацию такого плана (см. главу V.A Части второй).

ii) Ликвидация

83. [72] В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к вопросам применения 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 дивиденд, обеспеченному кредитору может быть разрешено свободно реализовать свое обеспечение для удовлетворения своего требования, невзирая на ликвидацию. Поэтому в законодательстве о несостоятельности некоторых стран 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 взыскание своих требований. 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 максимизации стоимости активов в общих интересах всех кредиторов, если для ограничения возможности реализации обеспечения вводится мораторий. Это может иметь особое значение, когда в рамках ликвидационного производства предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Это также может быть верным и в некоторых случаях, когда – даже несмотря на то что активы предполагается продать по частям – требуется принять меры к организации такой продажи, которая приведет к получению наибольшей выручки в интересах всех необеспеченных кредиторов.

4. Процессуальные вопросы

a) Дискреционное или автоматическое введение моратория

84. [64] 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 способность должника и кредиторов получить доступ 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 (что касается должника, его активов и кредиторов) и избежать как неоправданных случаев введения моратория, так и неоправданного вмешательства в права обеспеченных кредиторов. Однако такой подход может вызвать задержки, обусловленные периодом рассмотрения судом соответствующих вопросов; не создает прогнозируемую ситуацию для тех кредиторов и третьих сторон, в отношении которых может применяться мораторий; и может создать необходимость разработки определенного механизма, например временных мер, для использования в течение периода принятия судом решения о введении моратория; кроме того, существует требование, касающееся направления уведомления о введении моратория. В качестве альтернативного подхода, сводящего к минимуму задержки и способствующего максимизации 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 действий 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 дополнительной судебной помощи, которая может быть предоставлена после признания по усмотрению суда. Автоматический мораторий предусматривается многими современными юридическими режимами несостоятельности.

b) Момент введения моратория

85. [65] Еще один из аспектов, вызывающих озабоченность в отношении введения моратория, связан с моментом, с которого мораторий будет применяться как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве.

i) С момента введения – необходимость временных мер

86. [66] В отношении момента введения моратория могут быть использованы различные подходы. Наиболее распространенный подход предусматривает введение моратория при возбуждении производства, когда вопросы допустимости, юрисдикции и удовлетворения критериев открытия производства уже решены и становится ясно, что производство будет открыто и заявление не будет отклонено. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран введение моратория при открытии производства сочетается с временными мерами для урегулирования проблем, возникающих в период между подачей заявления и открытием производства, [58] когда существует потенциальная опасность изменения положения на предприятии должника и распыления активов должника – должник может поддаться искушению вывести активы из 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. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусмотрено применение временных мер, важно, чтобы был также урегулирован вопрос о том, какие изменения претерпевают такие меры при открытии производства по делу о несостоятельности.

87. [59] Эти временные меры могут быть приняты по заявлению должника, кредиторов или по постановлению суда, принятому по его собственной инициативе, или могут включать следующее: назначение временного управляющего в деле о несостоятельности; запрет должнику распоряжаться активами; установление контроля над некоторыми или всеми активами должника; приостановление действий кредиторов по принудительной реализации обеспечительных интересов против должника; приостановление любых действий кредиторов по выделению активов из имущественной массы должника, например со стороны обеспеченного кредитора или обладателя сохраняемого юридического титула; или запрет на возбуждение индивидуальных исков кредиторами в порядке взыскания по их требованиям. Поскольку эти меры носят временный характер и принимаются до вынесения судом решения о соблюдении критериев открытия производства, может быть предусмотрено требование о том, чтобы заявители представляли суду доказательства необходимости такой меры для сохранения стоимости имущественной массы и предотвращения распыления активов. В тех случаях, когда заявление подает кредитор, может также потребоваться обеспечение в той или иной форме для покрытия возможных затрат или убытков, если впоследствии производство не будет возбуждено. В законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется также рассмотреть вопрос об уведомлении о постановлении, касающемся временных мер, и о сторонах, которым такое уведомление должно направляться. С учетом необходимости избежать излишних расходов должника, против которого производство по делу о несостоятельности впоследствии не возбуждено, такое уведомление, возможно, потребуется ограничить сторонами, непосредственно затрагиваемыми соответствующим постановлением. В тех случаях, когда наносится ущерб интересам затрагиваемых лиц, может также потребоваться предоставить защиту от применения таких временных мер, как изменение или прекращение. Такая защита может предоставляться по заявлению затронутой стороны, управляющего по делу о несостоятельности или по решению суда, принятому по его собственной инициативе.

ii) С момента подачи заявления о возбуждении производства

88. [66] Другой подход состоит в том, что мораторий вводится с момента подачи заявления о ликвидационном или реорганизационном производстве, независимо от того, подается такое заявление должником или кредитором. Такой подход, как представляется, позволяет снять необходимость в рассмотрении возможности назначения обеспечительных или временных 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, в случае применения такого подхода, чтобы в законодательстве о несостоятельности были предусмотрены четкие процедуры обеспечения защиты от введения моратория на ускоренной основе.

iii) Указание конкретного момента введения моратория

89. Независимо от того, вводится ли мораторий путем ссылки на момент подачи заявления или начала 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 о возбуждении производства, в других странах – в момент обнародования решения о возбуждении производства, а в третьих странах мораторий вступает в силу ретроактивно в первый час того дня, когда принимается предписание о возбуждении производства. Не менее разнообразные подходы используются и в тех случаях, когда мораторий вступает в силу после подачи заявления о возбуждении производства.

c) Срок действия моратория

i) Необеспеченные кредиторы

90. В законодательстве о несостоятельности многих стран предусмотрено, что мораторий применяется к необеспеченным кредиторам в течение всего срока как ликвидационного, так и реорганизационного производства.

ii) Обеспеченные кредиторы

– Реорганизация

91. [74] В некоторых случаях может быть желательно, чтобы мораторий распространялся на обеспеченных кредиторов в течение всего срока производства[1], для обеспе-

[1] Данное положение будет зависеть от того момента, когда, согласно законодательству о несостоятельности, производство будет считаться завершенным: согласно законодательству некоторых стран производство считается завершенным после утверждения плана (и его подтверждения в тех случаях, когда это требуется согласно законодательству о несостоятельности); согласно законодательству других стран – по завершении исполнения плана.

чения того, чтобы реорганизация могла происходить упорядоченно, а активы не могли быть выделены из имущественной массы до ее окончания. Однако, чтобы избежать задержек и способствовать быстрому завершению производства, ограничение действия моратория сроком, который может быть разумным для утверждения плана реорганизации, во избежание введения моратория на неопределенный или излишне продолжительный период, также может обеспечить определенные преимущества. Такое ограничение может также иметь то преимущество, что обеспеченные кредиторы будут в определенной степени уверены в продолжительности срока, в течение которого их права будут затрагиваться, и этот срок будет для них предсказуемым. В то же время проблема установления фиксированного срока заключается в том, что такой срок не всегда может быть достаточно длительным, в зависимости от масштаба и сложности реорганизации, и его принудительное исполнение может быть сопряжено с трудностями. Одним из вариантов решения этой проблемы может быть установление четких сроков с возможностью их продления (см. ниже). При определенных обстоятельствах для обеспеченных кредиторов в законодательстве о несостоятельности может быть также предусмотрено снятие моратория (см. ниже).

– *Ликвидация*

92. [72] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран, применяющих мораторий в отношении обеспеченных кредиторов, используется подход, предусматривающий автоматическое применение моратория после открытия ликвидационного производства, но только на короткий срок – например, 30–60 дней, – за исключением тех случаев, когда обеспечение имеет жизненно важное значение для продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (в этом случае действие моратория может быть продлено). Этот срок предоставляет управляющему в деле о несостоятельности возможность приступить к своим обязанностям и оценить активы и обязательства имущественной массы. В тех случаях, когда для продажи предприятия не требуются обеспеченные активы, мораторий может быть снят (см. ниже). Другой подход состоит в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов на весь срок ликвидационного производства, причем одновременно предусматривается, что мораторий может быть снят по решению суда, если будет доказано, что он оказывает негативное воздействие на стоимость обеспечения.

d) Продление срока действия моратория

93. [73] В тех случаях, когда действие моратория ограничивается оговоренным сроком, в законодательстве может быть предусмотрено положение о его продлении. Это может быть сделано на основании заявления управляющего в деле о несостоятельности, если будет продемонстрировано, что продление необходимо для максимизации стоимости (например, существует разумная возможность продать предприятие должника или подразделения предприятия должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы), при условии что обеспеченным кредиторам не будет нанесено необоснованного ущерба. Для того чтобы предусмотреть дополнительную защиту и избежать применения моратория в течение неопределенного или излишне длительного срока, в законодательстве о несостоятельности может быть ограничена продолжительность возможного продления моратория.

e) Защита от моратория

94. [81] В ходе ликвидационного или реорганизационного производства могут возникнуть обстоятельства, при которых целесообразно предоставить защиту от моратория, предусмотрев возможность обращения обеспеченного кредитора в суд или предоставления управляющему в деле о несостоятельности полномочий высвобождать обеспечение без необходимости в получении разрешения суда. К соответствующим обстоятельствам могут относиться случаи, когда обеспеченный кредитор не получает защиты, соответствующей стоимости его обеспечения, когда предоставление защиты практически невозможно или будет являться излишне обременительным для имущественной массы; когда обеспечение не требуется для реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидационном производстве; или когда активы не имеют ценности для конкурсной массы. Могут возникать и другие обстоятельства, при которых будет целесообразным обеспечивать защиту от моратория, например в случае процессуальных действий, связанных со скоропортящимися товарами.

95. [82] 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 законодательство о несостоятельности не допускает возбуждения или продолжения процессуальных действий в связи с требованиями, 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.

5. Защита обеспеченных кредиторов

96. Желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был урегулирован вопрос о защите стоимости интересов обеспеченного кредитора от снижения стоимости или ненадлежащего поведения в период действия моратория.

97. [76] Один из комплексов мер, касающихся предотвращения негативных последствий моратория для обеспеченных кредиторов, направлен на сохранение экономической стоимости обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах такой комплекс мер называется "надлежащей защитой"). Один из возможных подходов заключается в том, чтобы обеспечить защиту стоимости самого обеспечения при том понимании, что после ликвидации выручка от продажи обеспечения будет непосредственно передана кредитору в объеме стоимости обеспеченной части его требования. Применение такого подхода может потребовать принятия ряда мер.

98. [77] В течение срока действия моратория стоимость обеспечения кредитора может сократиться. Поскольку в момент возможного распределения степень, в которой обеспеченный кредитор получит приоритет, будет ограничена стоимостью обеспеченных активов, подобное снижение стоимости может нанести ущерб интересам обеспеченного кредитора. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что управ-

ляющий в деле о несостоятельности должен компенсировать обеспеченным кредиторам суммы такого снижения стоимости путем предоставления дополнительного или замещающего обеспечения либо за счет периодических выплат наличными в объеме такого снижения стоимости. Такой подход является необходимым лишь в тех случаях, когда стоимость обеспечения 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. [77] В некоторых странах, в которых стоимость обеспечения сохраняется таким образом, также допускаются платежи процентов в течение срока действия моратория, с тем чтобы обеспечить компенсацию за задержки, вызванные производством по делу о несостоятельности. В то же время выплата процентов может допускаться лишь в том объеме, в котором стоимость обеспечения превышает стоимость обеспеченного требования. [78] В противном случае компенсация за задержку может сократить стоимость активов, подлежащих распределению среди необеспеченных кредиторов. [77] Такой подход может поощрить кредиторов стремиться получать достаточное обеспечение, стоимость которого будет превышать стоимость их требований.

99. [77] В некоторых случаях, связанных с ликвидацией, управляющий в деле о несостоятельности может счесть необходимым использовать или продать обремененные активы (см. главу II.C Части второй) с целью максимального повышения стоимости конкурсной массы. Например, в той мере, в которой управляющий в деле о несостоятельности придерживается мнения, что стоимость конкурсной массы может быть максимально повышена в случае продолжения операций предприятия в течение определенного срока, он, возможно, пожелает продать складские запасы предприятия, которые частично являются обремененными. Таким образом, в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы получают защиту с помощью мер по сохранению стоимости обеспечения, в законодательство о несостоятельности было бы, возможно, целесообразно включить положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности, по его выбору, либо предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, либо уплатить полную сумму стоимости активов, которые обеспечивают обеспеченное требование.

100. [78] Другой 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 обеспеченный кредитор получает требования первой очереди в объеме такой суммы. В ходе производства обеспеченный кредитор может также получать проценты по предусмотренной в договоре ставке на обеспеченную часть требования в качестве компенсации за задержку, вызванную производством.

101. Еще одно средство защиты обеспеченных активов заключается, как указано выше, в обеспечении освобождения от действия моратория (см. главу III.C Части второй) и разрешение обеспеченному кредитору принудительно реализовать свое обеспечение.

102. [79] Желательность различных подходов, предусматривающих защиту обеспечения, возможно, потребуется взвесить с учетом потенциальной сложности и затратности подобных мер и необходимости того, чтобы суд был в состоянии принимать трудные коммерческие решения по вопросу о надлежащей защите. В тех случаях, когда предусмотрена защита, будет, возможно, желательным предусмотреть в законодательстве о несостоятельности руководящие положения для определения того, когда и каким образом кредиторы, являющиеся держателями того или иного вида обеспечения на активы должника, будут иметь право на защитные меры, описанные выше.

6. Ограничения на распоряжение активами должником

103. [83] В дополнение к мерам, направленным на защиту имущественной массы от действий кредиторов и третьих сторон, в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусмотрены меры, предназначенные для ограничения той степени, в которой должник может совершать операции с активами имущественной массы как после подачи заявления о возбуждении производства, так и после возбуждения производства. В тех случаях, когда до возбуждения производства в качестве временной меры назначается временный управляющий в деле о несостоятельности, такой управляющий может осуществлять наблюдение или контроль за должником и будет иметь ограниченные полномочия на операции с имущественной массой.

104. В случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности назначается при возбуждении производства по делу о несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности многих стран 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 повседневных коммерческих операций и может заключать сделки в рамках обычных коммерческих операций. Сделки, которые не подпадают под эту категорию, в частности продажа существенных активов, могут требовать разрешения со стороны управляющего в деле о несостоятельности, суда или, в некоторых случаях, кредиторов[2]. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран рассмотрены договоры и сделки, заключенные должником в период между подачей заявления и возбуждением производства и после производства, которые не санкционированы, будь то положениями законодательства о несостоятельности, управляющим в деле о несостоятельности, судом или кредиторами (если это необходимо), с точки зрения положений о расторжении сделок (см. главу III.E Части второй).

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цели положений, касающихся защиты и сохранения имущественной массы, заключаются в следующем:

a) предусмотреть применение мер, которые обеспечат защиту активов от сокращения в результате действий [различных заинтересованных сторон] [должника, кредиторов или третьих сторон];

[2] Дополнительные аспекты таких сделок обсуждаются в главах III.A.4 *b)*, III.D.7 и IV Части второй.

b) определить содержание таких мер и те стороны, которые будут их применять;

c) установить условия для применение этих мер, включая способ, время и продолжительность применения;

d) установить основания для освобождения от применения этих мер.

Содержание законодательных положений

Временные меры[3]

(30) [(26)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по просьбе любой заинтересованной стороны, [когда существует срочная необходимость в таких мерах для защиты активов должника или интересов кредиторов,] в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием производства, включая следующее:

a) приостановление исполнительных действий, принудительной реализации и мер, направленных на установление действенных обеспечительных прав в отношении активов должника[4];

b) поручение осуществлять наблюдение за предприятием должника [, включая полномочия использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций] временному управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, назначенному судом [, с целью защиты и сохранения стоимости активов];

c) поручение осуществлять реализацию всех или части активов должника[5] временному управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, назначенному судом, с целью защиты и сохранения стоимости активов, которые, по своей природе или в силу обстоятельств, являются легко реализуемыми, подвержены обесценению или находятся в какой-либо иной опасности; и

d) любая из других защитных мер, автоматически применяемая при возбуждении производства (рекомендация (35) *d)*)[6].

(31) Законодательство о несостоятельности должно четко предусматривать равные [полномочия] [обязанности] должника и любого временного управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в качестве временной меры (рекомендация (30)). В период между моментом подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и возбуждением такого производства должник должен иметь возможность продолжать ведение коммерческой деятельности, а также использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций, за исключением случаев, когда такие полномочия предоставлены временному управляющему в деле о несостоятельности.

(32) В законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено направление надлежащего уведомления сторонам, затронутым предписанием суда о принятии временных мер.

Изменение или прекращение временных мер

(33) [(34)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суд может, по просьбе управляющего в деле о несостоятельности или любого лица, затронутого временными мерами (подобными тем, о которых говорится в рекомендации (30)), или же по своей собственной инициативе, изменять или прекращать такие меры [если такое изменение не нанесет ущерба имущественной массе или интересам кредиторов и если сторона, запрашивающая такое изменение, пострадает в результате продолжения таких мер].

(34) [(27)] В тех случаях, когда временные меры (подобные тем, о которых говорится в рекомендации (30)), не прекращены судом (рекомендация (33)), законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что эти меры прекращаются в момент вступления в силу мер, автоматически применяемых после открытия производства (рекомендация (35)), за исключением случаев продолжения таких мер судом (рекомендация (36)).

Меры, автоматически применяемые после открытия производства

(35) [(28)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что после открытия производства по делу о несостоятельности:

a) возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий[7], касающихся активов имущественной массы и прав, обязательств или ответственности должника, включая формализацию или принудительную реализацию обеспечительных интересов, кроме как в той мере, в какой такие индивидуальные иски или процессуальные действия [сочтены судом необходимыми] [могут быть необходимыми] для сохранения требования в отношении должника или определения его размера, приостанавливаются;

b) исполнительные или иные принудительные действия в отношении активов имущественной массы приостанавливаются;

c) прекращение действия любого контракта с должником приостанавливается[8]; и

d) передача, обременение или иное распоряжение любыми активами имущественной массы приостанавливаются[9].

---

[3] См. статью 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

[4] Имеется в виду, что ссылка на активы ограничена лишь теми активами, которые образуют часть имущественной массы при открытии производства по делу о несостоятельности.

[5] То же.

[6] Применение, на временной основе, защитных мер, упомянутых в рекомендации (35) *d)*, будет ограничиваться активами, образующими имущественную массу, после возбуждения производства по делу о несостоятельности.

[7] См. статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Имеется в виду, что индивидуальные иски, о которых говорится в пункте *a)* рекомендации 35, будут также охватывать иски, рассматриваемые арбитражным судом. В то же время автоматическое приостановление арбитражного разбирательства не всегда может быть возможным, например в тех случаях, когда арбитражное разбирательство осуществляется не в данном государстве, а за рубежом. В любом случае интересы сторон могут служить основанием для разрешения продолжить арбитражное разбирательство, возможность которого предусмотрена в пункте *a)*.

[8] См. главу III.D (2) *a)* Части второй и рекомендацию (53) [(42)].

[9] Ограничение права на передачу активов имущественной массы или распоряжение ими может быть обусловлено исключениями в тех случаях, когда продолжение коммерческой деятельности должника санкционировано и должник может передавать, обременять или иным образом распоряжаться активами в ходе обычных коммерческих операций.

Дополнительные меры после открытия производства[10]

(36) [(29)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что, если это необходимо для защиты интересов кредиторов, активов должника или способности реорганизовать предприятие должника, суд может после открытия производства по делу о несостоятельности вынести решение о защитных мерах в дополнение к мерам, автоматически применяемым после открытия производства (подобным мерам, о которых говорится в рекомендации (35)).

(37) Законодательство о несостоятельности может предусматривать направление сторонам, затронутым дополнительными мерами, соответствующего уведомления о любых таких дополнительных мерах, предписанных судом.

Время и продолжительность применения защитных мер

(38) [(30)] В законодательстве о несостоятельности должен четко указываться конкретный момент, когда временные меры (рекомендация (30)) и меры, автоматически применяемые после открытия производства (рекомендация (35)), вступают в силу[11].

(39) [(31)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что меры, автоматически применяемые после открытия производства по делу о несостоятельности (рекомендация (35)), будут применяться (с учетом рекомендации (40)) и ее применения к обеспеченным кредиторам) в течение срока производства по делу о несостоятельности.

Обеспеченные кредиторы

(40) [(32)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что меры, автоматически применяемые после открытия производства по делу о несостоятельности (рекомендация (35)), будут применяться к обеспеченным кредиторам:

a) в отношении реорганизационного производства в течение срока этого производства;

b) в отношении ликвидационного производства – в течение срока в [*30–60*] дней, если только суд не продлевает этот срок [дополнительно на […] дней], когда продемонстрировано, что:

i) продление является необходимым для максимизации стоимости активов в интересах кредиторов; и

ii) обеспеченный кредитор не понесет [необоснованного ущерба] [ущерба] в результате продления.

(41) [(32)] Обеспеченный кредитор может получить освобождение от действия мер, автоматически применяемых после открытия производства, о которых говорится в рекомендации (35) *a)* и *b)*, на основаниях, в число которых могут входить следующие:

a) обеспеченные активы не имеют ценности для имущественной массы[12] и не являются необходимыми

i) для возможной реорганизации предприятия должника; или

ii) для возможной продажи такого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

b) при реорганизации – план реорганизации не утвержден в течение […] дней (в тех случаях, когда законодательство о реорганизации предусматривает такое ограничение срока); или

c) экономическая стоимость активов, служащих обеспечением, сокращается и активы не защищены от обесценения.

(42) [(33)] В законодательстве о несостоятельности должен быть урегулирован вопрос об уменьшении стоимости активов, служащих обеспечением, и предусмотрены соответствующие защитные меры. В тех случаях, когда стоимость активов, служащих обеспечением, превышает сумму обеспеченного требования и будет достаточной для удовлетворения обеспеченного требования, защита может и не потребоваться. В тех случаях, когда стоимость активов, служащих обеспечением, не превышает сумму обеспеченного требования или будет недостаточной для удовлетворения обеспеченного требования в случае снижения стоимости активов, служащих обеспечением, защита может быть обеспечена, например, с помощью

a) выплат наличными;

b) предоставления дополнительного обеспечения; или

c) таких других средств, которые, по мнению суда, обеспечат такую защиту.

[10] См. статью 21 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

[11] Например, момент вынесения соответствующего предписания, ретроспективно начиная со дня, когда вынесено постановление, или какой-либо иной оговоренный момент.

[12] См. также рекомендации, касающиеся обременительных, не имеющих стоимости или трудно реализуемых активов: глава III.C.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II. A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 и Add.6; глава III.D–F и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение) *Пункты*

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ .....

C. Использование активов и распоряжение ими 105–117

1. Введение 105

Пункты

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности 106–114
3. Активы, принадлежащие третьим сторонам 115–117

Рекомендации 43–51

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления в текст рекомендаций выделены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

C. Использование активов и распоряжение ими

1. Введение

105. Хотя, как правило, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности необоснованно не затрагивало вопросов, касающихся имущественных прав третьих сторон или же имущественных прав 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 коммерческих операциях должника, продолжали использоваться или чтобы такими активами можно было распоряжаться для реализации целей конкретного разбирательства. Это имеет особое значение при реорганизационном производстве, но также и в ходе ликвидации, когда коммерческое предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Это может также иметь значение в некоторых случаях ликвидационного производства, если коммерческие операции необходимо продолжать в процессе ликвидации в течение непродолжительного срока в целях максимизации стоимости активов, а также если они продаются по частям. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности содержало положения об использовании и передаче в аренду активов, образующих имущественную массу, и активов, принадлежащих третьим сторонам, а также о распоряжении такими активами, в которых рассматривались бы условия, при которых такие активы могут быть использованы, а также положения о защите интересов владельцев, выступающих третьими сторонами, и обеспеченных кредиторов.

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

106. Применительно к использованию активов, образующих имущественную массу, и распоряжению такими активами в некоторых законах о несостоятельности проводится разграничение между осуществлением таких полномочий в ходе обычных коммерческих операций должника и их осуществлением не в рамках обычных коммерческих операций, исходя из того, кто может осуществлять такие полномочия и какие требуются средства правовой защиты. Так, например, решения относительно продажи, использования или сдачи в аренду имущества в рамках обычных коммерческих операций могут приниматься управляющим в деле о несостоятельности без уведомления кредиторов или решения суда. В то же время, если продажа, использование или сдача в аренду производятся не в рамках обычных коммерческих операций, может потребоваться согласие суда или кредиторов. В некоторых законах о несостоятельности проводится также разграничение между различными категориями имущества, исходя из того, каким образом такое имущество может использоваться и какие условия подлежат применению. Могут быть, например, разработаны специальные положения, касающиеся легко реализуемых и других активов, стоимость которых уменьшится, если они не будут реализованы быстро или за наличный расчет, а также имущества, принадлежащего одновременно должнику и другому лицу.

a) Методы продажи

107. Если активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности, предстоит продать, важно обеспечить, чтобы они были проданы с помощью такого метода, который способствует максимизации продажной цены, и чтобы кредиторы получили надлежащее уведомление о продаже. Для достижения этой цели используются различные подходы. Многие законы о несостоятельности содержат требование о продаже активов через аукцион, причем некоторые такие законы предусматривают право кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности утверждать некоторые другие методы продажи, если они обеспечивают бóльшую прибыльность. Некоторые законы о несостоятельности предусматривают право управляющего в деле о несостоятельности продавать такие активы и возлагают на него обязанность добиваться наилучшей цены, которую можно разумно получить в момент продажи. Некоторые другие законы ограничивают также дискреционные полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении выбора метода продажи. В тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности решает осуществить продажу на частной основе, а не через публичный аукцион, в законодательстве может содержаться требование о том, что такая продажа должна осуществляться под надлежащим надзором суда и что она должна быть непосредственно одобрена кредиторами. В соответствии с другими законами 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 законах о несостоятельности рассматриваются также другие вопросы, например вопрос о продажах определенному кредитору для зачета требования данного кредитора и вопрос о продаже активов должника, находящихся во владении третьей стороны, такой третьей стороне по разумной рыночной цене.

108. Хотя существует мнение о том, что законодательство о несостоятельности должно прямо запрещать продажу активов сторонам, с которыми поддерживаются какие-либо отношения, в целях избежания сговора, полного запрещения таких продаж может не потребоваться, если обеспечивается надлежащий надзор за осуществлением продажи.

b) Продажа активов, обремененных обеспечением

109. В законодательстве о несостоятельности необходимо будет рассмотреть вопрос о распоряжении активами, обремененными обеспечением, а также о предоставлении управляющему в деле о несостоятельности или обеспеченному кредитору права продавать такие активы. Соответствующий подход будет в значительной степени зависеть от того, включаются ли активы, обремененные обеспечением, в соответствии с законодательством о несостоятельности в имущественную массу в делах о несостоятельности; если такие активы не включаются в имущественную массу, то кредитор, как правило, будет иметь право добиваться принудительной реализации своего обеспечительного интереса. Если активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу, то в законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться различные подходы к решению данного вопроса, которые в некоторых случаях зависят от применения других положений законодательства о несостоятельности, например положений о моратории, а также от способности управляющего в деле о несостоятельности продать активы, обремененные обеспечением, свободно от интересов. Соответствующий подход может зависеть также от характера предлагаемой продажи, которая может затрагивать только отдельные активы или же предусматривать комплексную продажу коммерческого предприятия в качестве действующей хозяйственной единицы. Некоторые законы о несостоятельности, например, предусматривают, что только управляющий в деле о несостоятельности может распоряжаться такими активами в рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства. В некоторых законах проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией; причем только управляющий в деле о несостоятельности может распоряжаться активами в рамках реорганизации, однако при ликвидационном производстве он обладает таким правом лишь в течение ограниченного срока. По истечении срока исключительных полномочий управляющего в деле о несостоятельности обеспеченный кредитор может воспользоваться своими правами. Другой подход зависит от возможности введения моратория; в период действия моратория распоряжаться активами может только управляющий в деле о несостоятельности.

c) Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи свободно от интересов

110. Некоторые законы о несостоятельности предусматривают, что управляющий в деле о несостоятельности может продавать активы, образующие имущественную массу, свободно от интересов, включая обеспечительные интересы, при определенных условиях. Это может предусматриваться, например, при условии, что такая продажа разрешена в соответствии с общим правом помимо законодательства о несостоятельности, что заинтересованная сторона согласна на такую продажу, что продажная цена превышает стоимость интереса или что заинтересованную сторону можно вынудить (в рамках другого производства) принять наличный платеж в оплату ее интереса. Некоторые законы предусматривают также, что если заинтересованная сторона 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 заинтересованной стороне.

d) Активы, находящиеся в совместной собственности

111. Если активы принадлежат должнику и другому лицу в рамках определенной формы совместной собственности, то при продаже интереса должника могут применяться различные подходы. Если активы могут быть разделены в соответствии с общим правом между должником и другими собственниками для целей принудительного исполнения, то интерес имущественной массы в деле о несостоятельности можно продать, не затрагивая интересов других собственников. В то же время некоторые законы о несостоятельности предусматривают, что при соблюдении определенных условий управляющий в деле о несостоятельности может продать как интерес имущественной массы, так и интерес других собственников. Продажа обоих интересов может быть разрешена, если, например, разделение имущества между имущественной массой и другими владельцами не представляется возможным, если продажа отдельной части позволяет получить за имущественную массу гораздо меньшую сумму, чем продажа неразделенного целого свободно от интересов других владельцев, и если преимущество такой продажи для имущественной массы перевешивает любой ущерб другим владельцам. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, что другой владелец может приобрести интерес должника до завершения продажи другой стороне.

e) Обременительные, не имеющие ценности и трудно реализуемые активы

112. [51] Предоставление управляющему в деле о несостоятельности, при условии утверждения судом или кредиторами, возможности отказаться от имущественного интереса в некоторых активах, включая землю, акции, договоры или другое имущество, может отвечать цели максимизации стоимости и сокращения издержек разбирательства, при условии что такой отказ не нарушает каких-либо весомых публичных интересов. К числу ситуаций, при которых подобный подход может оказаться надлежащим, относятся ситуации, когда активы имеют отрицательную или незначительную стоимость; 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 такие активы невозможно или практически невозможно продать.

f) Возвращение активов, обремененных обеспечением

113. [80] Если обеспечение признается имеющим силу, однако обремененные активы не имеют ценности для имущественной массы или же не могут быть реализованы управляющим в деле о несостоятельности в течение разумного срока, законодательство о несостоятельности мо-

жет разрешать управляющему в деле о несостоятельности возвращать обремененные обеспечением активы обеспеченному кредитору с разрешения суда или без такого разрешения.

g) Дебиторская задолженность

114. 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 в целях, например, увеличения имущественной массы или получения кредитовых сумм. Для решения вопроса об уступке в контексте несостоятельности применяются различные подходы (см. Часть вторую, главу III.D). [111] В некоторых законах о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает ничтожными оговорки о недопустимости уступки. Согласно другим законам о несостоятельности этот вопрос решается на основе общего права договоров. Если договор содержит оговорку о недопустимости уступки, то права по такому договору не могут быть уступлены, если не получено согласие контрагента или всех сторон первоначального договора. В некоторых законах предусматривается также, что если контрагент не соглашается на уступку, то управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если может быть продемонстрировано, что разумных оснований для отказа контрагента в согласии не имеется, или если управляющий в деле о несостоятельности может продемонстрировать контрагенту, что цессионарий может должным образом исполнить договор. 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.

3. Активы, принадлежащие третьим сторонам

115. [48] Сложные вопросы могут возникать при определении того, принадлежат ли конкретные активы должнику или другой стороне и следует ли включать в имущественную массу активы третьей стороны, которые находятся во владении должника (в соответствии с соглашениями об использовании, аренде или лицензировании) в момент открытия производства (см. Часть вторую, главу III.A 3) *a)*, и замечания, касающиеся механизмов сохранения правового титула). Независимо от ответа на данный вопрос, в некоторых делах о несостоятельности активы, принадлежащие третьим сторонам, аналогично обремененным обеспечением активам могут иметь важнейшее значение для продолжения операций предприятия, особенно при реорганизационном производстве, но также, хотя и в меньшей степени, в некоторых случаях ликвидационного производства. В таких случаях в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть определенные механизмы, которые позволят использовать такие активы в рамках производства по делу о несостоятельности. В некоторых законах о несостоятельности этот вопрос разрешается с точки зрения категории активов, подлежащих включению в имущественную массу. В других законах о несостоятельности, согласно которым вопросы владения активами должником регулируются договорными соглашениями, эта проблема рассматривается в контексте режима договоров. Такое урегулирование может предусматривать, например, установление ограничений на прекращение договора, согласно которому должник распоряжается активами, что лишает владельца права требовать возвращения своих активов в случае несостоятельности (по меньшей мере без согласия суда или управляющего в деле о несостоятельности) и позволяет управляющему в деле о несостоятельности продолжать использовать такие активы (см. Часть вторую, главу III.D).

116. [49] Особого внимания могут потребовать активы, подпадающие под действие соглашения об аренде и используемые должником, выступающим в качестве арендатора, если правовой титул сохраняется за арендодателем. В тех странах, где широко применяются механизмы, разрешающие финансирующей стороне сохранять за собой титул или право собственности на активы в отличие от ипотечного залога или обеспечительного интереса, может возникнуть необходимость в обеспечении соблюдения правового титула кредитора на активы и обеспечении возможности их выделения из имущественной массы (с учетом правил режима в отношении договоров: право на выделение может быть ограничено, если, например, управляющий в деле о несостоятельности решит продолжить договор аренды). В порядке сопоставления можно также привести пример законов, которые предусматривают возможность установления по приказу суда моратория, препятствующего третьим сторонам истребовать свои активы в течение ограниченного срока после открытия производства. Возможно, желательно обеспечить сбалансированность этих двух подходов в целях максимизации стоимости активов и обеспечения того, чтобы продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы или его реорганизация не оказались невозможными в результате свободного изъятия соответствующих активов. *[Примечание для Рабочей группы: этот раздел необходимо будет привести в соответствие с руководством по обеспеченным сделкам – см. примечания в Части второй, глава III.A, выше, "Затрагиваемые активы", пункт 66.]* Могут также возникать обстоятельства, когда необходимо провести тщательный анализ такого рода механизмов финансирования, с тем чтобы определить, не является ли фактически аренда прикрытием обычного механизма кредитования под обеспечение. В этом случае на арендодателя в рамках производства по делу о несостоятельности будут распространяться те же ограничения, что и на обеспеченного кредитора.

117. Если в производстве по делу о несостоятельности используются активы, принадлежащие третьим сторонам, то в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет также рассмотреть вопрос о защите интересов владельцев таких активов, которая в значительной степени должна обеспечиваться таким же образом, как и надлежащая защита обеспеченных кредиторов. Желательно, чтобы любые преимущества, которые обеспечиваются в отношении имущественной массы в результате продолжения использования активов, оплачивались соответствующим предприятием в виде расходов на управление имущественной массой. Желательно также предусмотреть в законодательстве о несостоятельности надлежащие средства защиты против снижения стоимости активов, принадлежащих третьим сторонам.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся использования активов и распоряжения ими, заключаются в следующем:

a) рассмотреть возможные способы использования активов и распоряжения ими в рамках производства по делу о несостоятельности, включая методы продажи активов;

b) установить пределы полномочий по использованию и распоряжению;

c) предусмотреть режим в отношении обременительных активов, активов, не имеющих ценности для имущественной массы в деле о несостоятельности, и активов, которые не могут быть реализованы в течение разумного срока управляющим в деле о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Активы, образующие имущественную массу

(43) [(35)] Для случаев, когда при ликвидации или реорганизации разрешено продолжение операций предприятия-должника, законодательство о несостоятельности должно:

a) разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать, продавать или сдавать в аренду активы, образующие имущественную массу, в ходе обычных коммерческих операций;

b) разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать, продавать или сдавать в аренду активы, образующие имущественную массу, в ином порядке, чем в ходе обычных коммерческих операций, при условии утверждения [судом] [кредиторами] [и в соответствии с рекомендациями об использовании активов, обремененных обеспечением, и активов, принадлежащих третьим сторонам].

(44) Для целей рекомендации 43 законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что активы, обремененные обеспечительными интересами[1], могут использоваться управляющим в деле о несостоятельности только в том случае, если такие активы будут способствовать проведению разбирательства по делу о несостоятельности и необходимы для проведения такого разбирательства[2].

(45) В законодательстве о несостоятельности следует рассмотреть вопрос о защите интересов обеспеченных кредиторов в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности использует активы, обремененные обеспечительным интересом. Преимущества, обеспечиваемые для имущественной массы в результате использования таких активов, должны оплачиваться как расходы на управление имущественной массой, и обеспеченный кредитор должен иметь право на защиту от снижения стоимости обеспечения.

Активы, принадлежащие третьей стороне

(46) [(36)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности использовать принадлежащие третьим сторонам активы, которые не входят в имущественную массу, однако находятся во владении должника на дату открытия производства, если такие активы способствуют проведению производства по делу о несостоятельности и необходимы для проведения такого производства[2]. Если, активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, находятся в распоряжении должника в момент открытия производства, законодательство о несостоятельности должно предусматривать их возвращение третьей стороне, если они не обеспечивают никаких преимуществ или не имеют никакой ценности для имущественной массы.

(47) В законодательстве о несостоятельности следует рассмотреть вопрос о защите интересов третьих сторон, выступающих владельцами активов, если управляющий в деле о несостоятельности использует такие активы. Преимущества, обеспечиваемые для имущественной массы в результате использования таких активов, должны оплачиваться как расходы на управление имущественной массой, и владелец активов должен иметь право на защиту от снижения стоимости таких активов.

Обременительные, не имеющие ценности и трудно реализуемые активы

(48) [(37)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности определять режим любых активов, которые являются обременительными[3] для имущественной массы или которые являются бесполезными для имущественной массы. Законодательство о несостоятельности, в частности, может предусматривать право управляющего в деле о несостоятельности отказываться от имущественного интереса в активах [с согласия суда или кредиторов].

(49) [(38)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности [с согласия суда или кредиторов] возвращать обеспеченному кредитору активы, обремененные действительным обеспечительным интересом, когда установлено, что такие активы являются обременительными для имущественной массы или не имеют ценности для имущественной массы. Законодательство о несостоятельности [должно] [может] также предусматривать, что, если активы, обремененные действительным обеспечительным интересом, не могут быть реализованы в течение разумного срока управляющим в деле о несостоятельности или если существуют разумные указания на то, что обеспеченный кредитор может продать такие активы быстрее и по лучшей цене, такие активы могут быть возвращены обеспеченному кредитору.

Методы продажи активов

(50) [(39)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать методы продажи, которые позволят максимизировать стоимость продаваемых активов [в рамках обычных коммерческих операций] [в рамках ликвидации или реорганизации], будут допускать как проведение публичных аукционов, так и осуществление частных продаж и будут требовать надлежащего уведомления кредиторов о любых продажах. Должен быть предусмотрен порядок осуществления частных продаж [под надзором] [с разрешения] суда или с разрешения кредиторов.

---

[1] В соответствии с рекомендацией 27 активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу.

[2] Использование таких активов будет регулироваться другими положениями законодательства о несостоятельности, включая положения о режиме договоров.

[3] В законодательстве о несостоятельности могут быть установлены обстоятельства, при которых активы могут рассматриваться в качестве обременительных, включая [51] случаи, когда активы имеют отрицательную или незначительную стоимость; 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 активы невозможно или практически невозможно продать.

Способность продавать активы, образующие имущественную массу, свободно от обеспечительных интересов

(51) [(40)] Законодательство о несостоятельности может разрешать управляющему в деле о несостоятельности продавать активы, образующие имущественную массу, свободно от любых обеспечительных интересов при условии, что:

a) управляющий в деле о несостоятельности уведомляет обеспеченного кредитора о своем намерении продать обремененные обеспечением активы;

b) обеспеченному кредитору предоставляется возможность представить свои возражения в отношении предлагаемой продажи;[4]

c) освобождение от моратория не было предоставлено; и

d) сохраняется приоритет прав в поступлениях от продажи активов.

[4] В случае обеспеченного кредитора любое возражение может быть, как правило, принято к сведению только на том основании, что он может продать активы за большую цену, чем при продаже, предлагаемой управляющим в деле о несостоятельности.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; Часть вторая, глава I, содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–C содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-7; глава III.E–F и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение) — *Пункты*

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

D. Режим в отношении контрактов — 118–150

1. Введение — 118–122
2. Продолжение исполнения [утверждение] — 123–135
3. Отказ от исполнения — 136–142
4. Договоры аренды — 143
5. Уступка — 144–146
6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения [утверждение], отказ от исполнения и уступку контрактов — 147–149
7. Контракты после открытия производства по делу о несостоятельности — 150

Рекомендации — 52–68

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

D. Режим в отношении контрактов

1. Введение

118. [86] Чем более развита экономика, тем более значительная часть экономического богатства, вероятно, будет заключена в договорах или контролироваться при помощи договоров, а не содержаться в земельной собственности. В результате этого режим в отношении контрактов при урегулировании дел о несостоятельности приобретает важнейшее значение. 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 должно исполнить обязательство или произвести платежи, с тем чтобы получить права, которые потенциально являются ценными активами. В результате этого применительно к режиму в отношении того или иного контракта должны приниматься сложные решения, с тем чтобы обеспечить наибольшую стоимость для иму-

щественной массы. [89] 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.

119. [87] Достижение цели максимизации стоимости имущественной массы и сокращения обязательств или, при реорганизации, создания возможности для выживания предприятия и продолжения его операций по возможности бесперебойным образом может предполагать использование тех контрактов, которые являются выгодными и способствуют повышению стоимости, и расторжение тех из них, которые являются обременительными или текущие затраты в связи с которыми превышают выгоды. Например, в случае контракта, в котором должник согласился закупить тот или иной товар по цене, составляющей половину рыночной цены в момент наступления несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности будет, несомненно, выгодно продолжить закупки по более низким ценам и осуществить продажи по рыночным ценам. Контрагент, несомненно, попытается выйти из этого невыгодного соглашения, однако во многих системах ему будет запрещено сделать это, хотя он и может иметь право на получение гарантий относительно уплаты договорной цены в полном объеме. Во многих случаях продолжение исполнения контракта будет выгодно для обеих договаривающихся сторон, а не только для должника.

120. [88] При принятии решения о том, как следует поступать с контрактами в случае несостоятельности, возникает первый вопрос об относительном весе, который необходимо придать подтверждению норм общего договорного права в вопросах несостоятельности, с одной стороны, и факторам, оправдывающим вмешательство в эти установленные договорные принципы, с другой стороны. Здесь, возможно, потребуется сбалансировать ряд противоречивых интересов. К ним относится вопрос о том, в какой степени цели государственной политики перевешивают необходимость в предсказуемости и конкретные социальные интересы, связанные с некоторыми видами договоров, таких как договоры найма (см. ниже); последствия вмешательства в условия неисполненных контрактов для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений и для стоимости и доступности кредита (чем шире полномочия продолжать исполнение [утверждать] или расторгать контракты в случае несостоятельности, тем более высокой может быть стоимость и более низкой – доступность кредита); а также вопрос о том, насколько вмешательство в контракты расширит повторное использование экономической инфраструктуры.

121. [88] Если согласно законодательству о несостоятельности разрешается вмешиваться в общедоговорные принципы, то возникают дальнейшие соображения относительно степени допустимого вмешательства и видов контрактов, которые могут быть охвачены. [84] При открытии производства по делу о несостоятельности должник практически во всех случаях будет являться стороной, по крайней мере, одного контракта, когда у должника и контрагента еще остались невыполненные обязательства помимо выплаты денежных средств, например договорная цена за поставленный товар. [85] Для случая, 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 требование об исполнении или убытках, которое она может предъявить в случае несостоятельности (см. Часть вторую, главу VI.A). Если стороной, не полностью исполнившей свои обязательства, является контрагент, то управляющий в деле о несостоятельности может потребовать исполнения или возмещения убытков от этой стороны. Однако если обе стороны не в полном объеме исполнили свои обязательства, то в соответствии с законодательством о несостоятельности многих стран исполнение этих контрактов будет продолжаться или они могут быть расторгнуты (или, возможно, уступлены, хотя в широком плане это не разрешается). Обычно проведение такой оценки поручается управляющему в деле о несостоятельности. В некоторых правовых системах требуется также утверждение со стороны суда.

122. [88] Что касается других видов охватываемых контрактов, то, как правило, решение заключается в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности предусмотреть общие нормы для всех видов контрактов и исключения для некоторых специальных контрактов. Например, учитывая соображения о том, что ликвидация может использоваться именно как средство ликвидации защиты, предоставляемой работникам по контрактам найма, возможно, потребуется ограничить право отказываться от исполнения таких контрактов. К другим видам контрактов, требующих специального режима, могут относиться сделки на финансовом рынке (см. Часть вторую, главу III.F) и контракты на личные услуги, когда для исполнения соглашения особое значение имеет личность стороны, будь то должника или служащего должника.

2. Продолжение исполнения [утверждение]

123. [95] В случае реорганизации, когда цель производства по делу состоит в том, чтобы обеспечить условия для выживания предприятия и предоставить ему максимальную возможность продолжить свои операции, продолжение исполнения контрактов, которые являются выгодными или необходимыми для коммерческого предприятия и способствуют возрастанию стоимости, может иметь решающее значение для успеха производства по делу.

124. [100] В случае ликвидации продолжение исполнения контрактов после открытия производства по делу не будет являться, по всей вероятности, настолько же желательным, как в случае реорганизации, за исключением обстоятельств, когда сохранение контракта может способствовать увеличению стоимости коммерческого предприятия 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 и значительная часть срока действия которого не истекла, может иметь важнейшее значение для любой предполагаемой продажи коммерческого предприятия или может быть уступлен для получения стоимости с целью распределения среди кредиторов.

a) Оговорки об автоматическом прекращении контракта

125. [96] Во многие контракты включается оговорка, предусматривающая, что открытие производства по делу о несостоятельности или другие свидетельства бедственного финансового положения представляют собой событие неисполнения, которое предоставляет контрагенту безусловное право, например, на прекращение контракта или на сокращение срока его исполнения или какое-либо другое право. Законодательство ряда стран подтверждает действительность таких оговорок в пользу имущественной массы, и в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности хочет продолжения исполнения контракта после открытия производства по делу, это станет возможным только в том случае, если контрагент не принимает решение по своему выбору или если его удастся убедить не принимать решение о прекращении или сокращении срока исполнения контракта. В тех случаях, когда контрагент может прекратить контракт, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться механизм, который можно использовать для того, чтобы убедить контрагента разрешить продолжать исполнение контракта; например, может предусматриваться возможность предоставления приоритета на получение платежа за услуги, предоставленные после открытия производства (в некоторых законах о несостоятельности такой порядок может устанавливаться общим положением, согласно которому затраты, понесенные после открытия производства, рассматриваются, как правило, в качестве первоочередного требования).

126. [97] Подход, предусматривающий признание этих видов оговорок о прекращении, может подкрепляться рядом факторов, включая: желательность обеспечения соблюдения коммерческих договоренностей; необходимость воспрепятствовать такому порядку, при котором должник будет селективно исполнять выгодные контракты и расторгать другие (преимущество, которым не располагает добросовестный контрагент); последствия неутверждения положения об автоматическом прекращении контракта для финансового взаимозачета по контракту; мнение, что, поскольку несостоятельное коммерческое предприятие будет, как правило, не в состоянии осуществить платежи, отсрочка прекращения контрактов может привести только к увеличению уровня задолженности; необходимость в том, чтобы обладатели прав на интеллектуальную собственность имели возможность контролировать использование этой собственности; и последствия прекращения контракта для коммерческого предприятия контрагента в отношении нематериальных активов.

127. [98] Согласно другому подходу предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение контракта или принять его вопреки возражениям контрагента, т. е. любое событие неисполнения, например открытие производства по делу о несостоятельности, которое повлечет за собой право на прекращение или сокращение срока исполнения контракта, не принимается во внимание в силу закона о несостоятельности. Порядок, разрешающий не принимать во внимание оговорки о прекращении или сокращении срока исполнения контракта в рамках реорганизационного производства, может иметь важнейшее значение для успеха процедур, когда, например, контракт представляет собой жизненно важный договор аренды или связан с использованием интеллектуальной собственности, воплощенной в основной продукции. Он может также способствовать повышению доходного потенциала коммерческого предприятия; ослабить позиции на переговорах важнейшего поставщика; сохранить стоимость контракта должника в интересах кредиторов и содействовать тому, чтобы в реорганизации участвовали все кредиторы. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорки о прекращении могут не приниматься во внимание, кредиторы могут попытаться принять меры, направленные на предупреждение этого результата, путем прекращения контракта по каким-либо иным основаниям до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (со ссылкой на иное неисполнение должником, чем событие, наступающее в силу открытия 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.

128. [101] В случае ликвидации к числу аргументов в пользу порядка, позволяющего не принимать во внимание положения о прекращении действия договора, относится необходимость сохранения коммерческого предприятия как единого целого, с тем чтобы максимально увеличить его продажную стоимость или повысить его потенциальную доходность; сохранить стоимость контракта в интересах всех кредиторов, вместо того чтобы оставить такую стоимость за контрагентом; и желательность включения всех сторон в процесс окончательного распоряжения коммерческим предприятием.

129. [99] Хотя в некоторых правовых системах действуют положения, позволяющие не принимать во внимание оговорки о прекращении, эти положения еще не стали общими для законодательства о несостоятельности в целом. Между целью содействия выживанию должника, что может потребовать сохранения контрактов, и увеличением неопределенности и повышением затратности коммерческих операций в результате установления различных исключений из действия общих правил, неизбежно возникают противоречия. 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 проведения и успешного завершения реорганизации, а также – хотя, возможно, и в меньшей мере – ликвидации, в случае если коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Любые негативные последствия принципиального подхода, создающего возможность не принимать во внимание оговорки о прекращении, могут быть сбалансированы, если будет предусмотрена компенсация кредиторам, которые смогут продемонстрировать, что они понесли ущерб или убытки после открытия производства по делу.

b) Порядок продолжения исполнения контрактов

130. [92] В законодательстве о несостоятельности разных стран приняты различные подходы к вопросу о продолжении исполнения контрактов или в некоторых случаях об утверждении контрактов. 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 несостоятельно-

сти прямо не предусмотрено применение иных правил, как в случае оговорки об автоматическом прекращении (см. выше). [91] Однако некоторые законы о несостоятельности требуют, чтобы управляющий в деле о несостоятельности принимал решение о том, требуется ли данный контракт и будет ли продолжено его исполнение, и устанавливал конечный срок принятия такого решения. Непринятие какого-либо решения в течение оговоренного срока приводит к возникновению презумпции о расторжении контракта. При таком подходе, возможно, необходимо провести различие между ликвидацией и реорганизацией. В случае ликвидации, возможно, следует предусмотреть автоматическое прекращение контрактов, если управляющий в деле о несостоятельности не примет решение в течение оговоренного срока сохранить контракт. Вместе с тем при реорганизации может потребоваться больше гибкости, чтобы избежать такой ситуации, когда непринятие своевременного решения лишает имущественную массу контракта, который может иметь ключевое значение для данной процедуры. Один из недостатков такого подхода заключается в том, что на практике может возникнуть множество случаев, когда нельзя принять никакого решения в отношении контракта, а требование делать определенный выбор по каждому контракту может привести к чрезмерно дорогостоящей и обременительной процедуре.

131. [91] Если по вопросам продолжения контрактов принимаются какие-либо правила, то желательно предусмотреть, чтобы любое право управляющего в деле о несостоятельности ограничивалось контрактом в целом, что позволит избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности может по своему выбору продолжать исполнение некоторых частей контракта или принимать их и прекращать исполнение других разделов. Желательно также, чтобы полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении контрактов ограничивались соответствующими видами контрактов, которые известны управляющему в деле о несостоятельности или суду (если суд занимается принятием постановлений в отношении контрактов). Без такого ограничения последствия непринятия решения в отношении контракта, о существовании которого неизвестно управляющему в деле о несостоятельности, могут привести к предъявлению требований об ущербе и возможной профессиональной ответственности.

c) Продолжение исполнения контрактов, когда неисполнившей стороной является должник

132. [93] 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 требовать от контрагента продолжения деловых отношений с несостоятельным должником, если уже имеет место неисполнение, возникшее до наступления несостоятельности. Согласно некоторым законам о несостоятельности, в качестве условия продолжения контракта требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности устранил любые нарушения контракта и обеспечил заверения в отношении будущего исполнения путем представления, например, гарантийных обязательств или гарантий. Согласно другим законам о несостоятельности, устранять предыдущие нарушения не требуется, но могут налагаться ограничения относительно обстоятельств, при которых возможен такой подход, например в случае контрактов, которые можно разделить на отдельные части, например контрактов на поставку коммунальных услуг. От управляющего в деле о несостоятельности могут потребоваться заверения в дальнейшем исполнении контракта, а в некоторых случаях – и принятия на себя личной ответственности в случае неисполнения контракта в будущем.

d) Требования, возникающие в связи с продолжением исполнения контрактов

133. [94] Контракты, исполнение которых продолжается после открытия производства по делу о несостоятельности, рассматриваются как действующие после открытия производства по делу обязательства должника, которое необходимо выполнить. Требования, возникающие из исполнения контракта после открытия производства по делу о несостоятельности, рассматриваются в ряде законов о несостоятельности в качестве административных расходов (см. Часть вторую, главу VI.A), в отличие от необоснованного риска, и им предоставляется приоритет при распределении. Поскольку предоставление такого приоритета представляет собой потенциальный риск для других кредиторов (которые получат платеж после кредиторов, обладающих приоритетом), желательно, чтобы после открытия производства по делу о несостоятельности продолжалось исполнение только тех контрактов, которые будут прибыльными и которые будут иметь важное значение для продолжения операций должника. В других законах о несостоятельности никакого приоритета для таких требований не предусматривается, и они будут рассматриваться наряду с другими необеспеченными требованиями.

e) Поправка к контрактам, исполнение которых продолжается

134. [88] Еще один вопрос, который необходимо рассмотреть, заключается в том, при каких обстоятельствах управляющий в деле о несостоятельности может изменять условия контрактов, исполнение которых продолжается после открытия производства по делу. Если исполнение контракта продолжается, то его условия необходимо соблюдать. Общий принцип заключается в том, что управляющий в деле о несостоятельности будет иметь не больше прав в отношении внесения поправок в контракт, чем имел бы обычно должник. Для этого требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обсуждал любую поправку с контрагентом, и любое изменение без согласия другой стороны будет являться нарушением контракта, за который контрагент может потребовать возмещения убытков.

f) Исключения из полномочий продолжать исполнение контрактов

135. [102] Как правило, существуют две категории исключений из полномочий управляющего в деле о несостоятельности принимать решение о продолжении исполнения контрактов. Во-первых, если управляющий в деле о несостоятельности наделяется полномочиями не принимать во внимание положения об автоматическом прекращении, могут быть предусмотрены конкретные исключения для таких контрактов, как краткосрочные финансовые контракты (например, свопы и фьючерсные соглашения, см. Часть вторую, главу III.F). Ко второй категории относятся контракты, когда, независимо от закрепленного в законодательстве о несостоятельности подхода к положениям о прекращении, контракт нельзя продолжать, поскольку он предусматривает выполнение должником или служащим должника незаменимых личных услуг (например, контракт может касаться конкретной интеллектуальной собственности, услуг, предусматривающих соглашение о партнерстве, предоставления услуг лицом, обладающим

узкоспециализированными навыками, или конкретным лицом, обладающим особым дарованием).

3. Отказ от исполнения

136. [103] По общим причинам, описанным в вводном разделе, выше, желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности наделялся полномочиями отказываться от исполнения контракта, в котором обе стороны еще не исполнили свои обязательства в полном объеме. [91] Желательно также, чтобы любое право отказываться от исполнения контракта ограничивалось контрактом в целом, что позволит избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности сможет по своему выбору продолжать исполнение одних частей контракта и отказываться от исполнения других.

137. [107] В случае реорганизации перспективы ее успешного завершения можно улучшить, разрешив управляющему в деле о несостоятельности отказываться от обременительных контрактов, например контрактов, расходы на исполнение которых будут выше, чем получаемые выгоды, или в случае, например не истекшего договора аренды, когда ставки по контрактам превышают рыночные ставки.

a) Процедура отказа от исполнения

138. [104] Как и в случае продолжения исполнения контрактов, для отказа от исполнения контракта могут использоваться различные механизмы. Многие законы увязывают продолжение исполнения и отказ от исполнения контракта в общую процедуру, которая предусматривает, например, требование к управляющему в деле о несостоятельности принимать меры в отношении контракта, например направлять уведомление контрагенту о том, что исполнение контракта продолжается или прекращается. Некоторые законы требуют направления уведомления в оговоренные сроки. Если конкретные сроки не предусматриваются, то при таком подходе можно не достичь целей определенности, предсказуемости и эффективности ведения производства, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает своевременных мер и оставляет вопрос нерешенным в течение какого-то времени. Если данный контракт предусматривает оказание постоянной услуги, бездействие управляющего в деле о несостоятельности может привести к наращиванию неоправданных расходов (например, арендные платежи, недвижимость или личная собственность, арендуемая должником, могут составлять существенную долю административных расходов, если аренда не будет оперативно прекращена) или прекращению предоставления необходимых услуг (когда управляющий в деле о несостоятельности должен оперативно решить вопрос о продолжении контракта).

139. [105] В соответствии со вторым подходом контракт может рассматриваться как автоматически расторгнутый, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает в течение оговоренного срока решение о том, что его следует продолжить. При реорганизации сроки могут быть больше, чем при ликвидации. 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, и контрагенту обеспечивается некоторая определенность в отношении сохранения действия контракта в течение разумного срока после открытия производства по делу. В некоторых законах также предусматривается, что контрагент может обращаться с просьбой к управляющему в деле о несостоятельности принять решение по конкретному контракту в течение оговоренного срока или может обратиться в суд с требованием о принятии такого решения; если при таких обстоятельствах решение не принято, контракт можно считать расторгнутым.

140. [108] Как отмечалось выше, в связи с продолжением исполнения контракта, возможно, следует проводить различие между ликвидацией и реорганизацией, предусмотрев субсидиарную норму об отказе от исполнения контракта. В случае ликвидации может быть разумным предположение о том, что непринятие управляющим в деле о несостоятельности решения в отношении контракта будет, по всей вероятности, означать решение об отказе от исполнения, в то время как в случае реорганизации такое предположение будет, возможно, не всегда уместным. При реорганизации было бы, может быть, целесообразно разрешить управляющему в деле о несостоятельности принимать решения относительно отказа от исполнения в течение периода до 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 потребуется и будет желательным. 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.

b) Последствия отказа от исполнения для контрагента

141. [106] В ожидании продолжения исполнения или отказа от исполнения контракта желательно, чтобы все, что получено по контракту, оплачивалось за счет имущественной массы. В случае отказа от исполнения контракта контрагент освобождается от обязательств по исполнению оставшейся части контракта, и единственным серьезным вопросом, который необходимо разрешить, является расчет необеспеченных убытков, понесенных в результате отказа от исполнения контракта. Контрагент становится необеспеченным кредитором, обладающим требованием в размере суммы убытков. Если контракт исполнялся в течение определенного срока в ходе производства по делу о несостоятельности до отказа от его исполнения, контрагент может предъявить требование как за период до отказа от исполнения (который может рассматриваться как административное требование)[1], так и за убытки, понесенные в результате отказа. Если исполнение контракта продолжается, то и имущественная масса, и контрагент будут обязаны выполнять условия контракта.

c) Исключения из полномочий на отказ от исполнения контракта

142. [109] Независимо от объема предоставленных управляющему в деле о несостоятельности полномочий на отказ от исполнения контрактов, для некоторых категорий контрактов могут потребоваться исключения. Одним из важных исключений из полномочий на отказ от исполнения контрактов являются договоры найма (см. Часть вто-

[1] См. Часть вторую, главу VI.C о ранжировании требований.

рую, главу III.D.6) и некоторые финансовые контракты (см. Часть вторую, главу III.F). Аналогичное ограничение можно соответствующим образом применять к соглашениям, в которых должник выступает арендодателем или лицензиаром по договору франшизы или договору о лицензировании 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 относительно незначительными.

4. Договоры аренды

143. В законах о несостоятельности некоторых стран предусматриваются специальные положения о договорах аренды, срок которых не истек. В соответствии с некоторыми законами договор аренды, в котором должник является арендатором, может быть расторгнут без ссылки на дату окончания аренды 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 продолжается, то может быть целесообразно предъявить определенные условия к имущественной массе, например о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен устранить любое нарушение, предоставить компенсацию за любой ущерб, понесенный в результате такого нарушения, и заверения относительно дальнейшего выполнения условий договора аренды. [109] Может быть желательным также установление верхнего предела убытков, заявленных арендодателем (который может быть выражен в виде денежной суммы или в виде оговоренного срока, в отношении которого убытки могут подлежать оплате), с тем чтобы требование по долгосрочной аренде не приобретало подавляющего значения по отношению к требованиям других кредиторов. Как правило, арендодатели будут иметь возможность смягчить последствия потерь, снова сдав собственность в аренду.

5. Уступка

144. [110] Наличие у управляющего в деле о несостоятельности возможности уступать контракты без учета содержащихся в них условий относительно прекращения 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. [111] В некоторых странах возможность уступки считается чрезвычайно важной для ликвидационного производства, в то время как в других странах такой вариант абсолютно неизвестен и исключается. [110] Могут быть такие обстоятельства, когда, например, предусмотренная контрактом ставка аренды ниже, чем рыночная ставка, и 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.

145. [111] 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, [97] и нежелательность принудительной передачи контракта лицу, которое может быть неизвестно контрагенту или с которым контрагент может не желать поддерживать коммерческие отношения. Для решения этого вопроса используются различные подходы. В некоторых законах о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает ничтожными оговорки о недопустимости уступки. Согласно другим законам о несостоятельности, этот вопрос относится к общему договорному праву; если в договоре содержится оговорка о недопустимости уступки, то контракт нельзя уступать до достижения соглашения с контрагентом или всеми сторонами первоначального контракта. В законах некоторых стран также предусматривается, что, если контрагент не соглашается на уступку, управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если может быть продемонстрировано, что разумных оснований для отказа контрагента в согласии не имеется, или если управляющий в деле о несостоятельности может продемонстрировать контрагенту, что цессионарий может должным образом исполнить контракт. В этом случае управляющий в деле о несостоятельности имеет право уступить контракт в интересах имущественной массы[2].

146. [112] 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 правительственные закупки.

6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения [утверждение], отказ от исполнения и уступку контрактов

147. [112] Ряд конкретных исключений из полномочий, обсуждаемых в данном разделе, уже упоминались выше. Однако в рамках законодательства о несостоятельности, возможно, потребуется рассмотреть общие исключения для некоторых видов контрактов не только из этих полномочий, но и в связи с применением других положений законодательства о несостоятельности. Исключения, касающиеся финансовых контрактов, взаимозачетов и зачетов, обсуждаются в Части второй, глава III.F.

—Контракты найма рабочей силы

148. [113] Одним из важнейших обсуждаемых в данном разделе исключений из полномочий являются контракты найма. Хотя это исключение имеет особое значение для случаев реорганизации, такие контракты также необходимо учитывать при ликвидационном производстве, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается продать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если управляющий в деле о несостоятельности имеет право прекратить обременительные контракты найма или добиться необходимого сокращения используемой должником рабочей силы, то может быть получена более высокая цена. В то же время в связи с отношениями между работниками и нанимателями возникают некоторые из наиболее сложных вопросов в области законодательства о несостоятельности. Положение работников защищается не только самим контрактом, который, по су-

[2] Этот подход соответствует, например, подходу, использованному в Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 год), статья 9.

ти, является таким же неисполненным контрактом, как любой другой, а, как правило, императивными положениями закона за пределами правового регулирования несостоятельности. Эти положения могут касаться, например, несправедливого увольнения; минимальных ставок заработной платы; оплачиваемого отпуска; максимальной продолжительности труда; отпуска по беременности и уходу за детьми; равного обращения и недискриминации. В общем плане трудная проблема связана с той степенью, в которой эти положения будут воздействовать на производство по делу о несостоятельности, что ставит вопросы, которые являются намного более широкими, чем прекращение контрактов и очередность денежных требований в отношении невыплаченной заработной платы и льгот (см. Часть вторую, главу VI.A и C). По этим причинам в ряде стран установлены специальные режимы, которые регулируют защиту требований работников при несостоятельности и – с целью не допустить использования процедур несостоятельности в качестве средства устранения защиты работников – прямо ограничивают право управляющего в деле о несостоятельности на прекращение контрактов найма. Такой подход может включать ограничение использования полномочий некоторыми прямо оговоренными обстоятельствами, например случаями, когда вознаграждение работников является чрезмерным по сравнению с тем, которое средний рабочий получал бы за ту же работу. В некоторых странах закон 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.

149. [114] Для повышения прозрачности режима несостоятельности желательно, чтобы ограничения полномочий управляющего в деле о несостоятельности по решению вопросов, связанных с этими категориями контрактов, были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности.

7. Контракты после открытия производства по делу о несостоятельности

150. [114] Ко второй категории контрактов при несостоятельности относятся контракты, подписанные после открытия производства по делу о несостоятельности. В случае реорганизации и в тех случаях, когда предприятие подлежит продаже в качестве действующей хозяйственной единицы при ликвидации, часто будет возникать необходимость в заключении контрактов (как при обычном ведении коммерческой деятельности, так и в иных случаях), для того чтобы поддерживать предприятие в качестве действующей хозяйственной единицы и дать ему возможность продолжать приносить доход в конечных интересах кредиторов. Эти контракты, как правило, рассматриваются как обязательства со стороны имущественной массы после открытия производства по делу о несостоятельности, и [90] нарушение контракта этой категории обычно влечет за собой первоочередное требование в отношении имеющихся средств и поэтому оплачивается в полном объеме в качестве административных расходов при несостоятельности (см. Часть вторую, главу VI.C).

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цели положений, касающихся режима в отношении контрактов, заключаются в следующем:

a) установить порядок регулирования в законодательстве о несостоятельности вопросов о контрактах, по которым ни должник, ни его контрагент не исполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства, включая регулирование взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и 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 [и кем] эти полномочия могут осуществляться;

c) определить виды контрактов, которые должны быть исключены из сферы действия таких полномочий.

Содержание законодательных положений

(52) [(41)] В законодательстве о несостоятельности должны быть урегулированы вопросы о режиме в отношении контрактов, по которым ни должник, ни его контрагент еще не выполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства.

Оговорки об автоматическом прекращении контракта

(53)[(42)] Законодательство о несостоятельности [может] [должно] предусматривать невозможность принудительного исполнения [в отношении управляющего в деле о несостоятельности] любого положения контракта, которое устанавливает право на прекращение контракта по наступлении следующих событий или определяет их в качестве событий неисполнения:

a) заявление об открытии производства или открытие производства по делу о несостоятельности;

b) назначение управляющего в деле о несостоятельности;

c) тот факт, что должник удовлетворяет критериям для открытия производства по делу о несостоятельности; или

d) признаки того, что должник находится в неблагоприятном финансовом положении.

Продолжение исполнения

(54) [(43)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может [принять решение] продолжить исполнение контракта, когда продолжение исполнения будет выгодным для имущественной массы[3].

Для случаев, когда продленный контракт в дальнейшем нарушается

(55) [(45)] Для случаев, когда исполнение контракта продолжается после открытия производства по делу, законодательство о несостоятельности должно предусматривать, чтобы все условия контракта были обеспечены правовой санкцией (за исключением оговорок об автоматическом прекращении, как предусмотрено в рекомендации (53)) и убытки из последующего нарушения контракта уполномоченным в деле о несостоятельности должны подлежать

[3] При условии что автоматический мораторий на открытие производства по делу о несостоятельности применяется для того, что не допустить прекращения (во исполнение оговорки об автоматическом прекращении) контрактов с должником, все контракты должны оставаться в силе, для того чтобы уполномоченный в деле о несостоятельности мог рассмотреть возможность продолжить их исполнение.

оплате в качестве расходов по управлению имущественной массой.

Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения со стороны должника

(56) [(46)] Для случаев, когда должник является неисполнившей стороной согласно контракту во время открытия производства по делу и управляющий в деле о несостоятельности хотел бы продолжить исполнение этого контракта, в законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться различные варианты исправления нарушения:

a) управляющий в деле о несостоятельности может быть наделен полномочиями [принимать решение] продолжить этот контракт, при условии что неисполнение исправлено [может быть исправлено] и положение ненарушившей стороны восстанавливается, как оно существовало до нарушения, и управляющий в деле о несостоятельности предоставляет надлежащие заверения в отношении способности [должника] [имущественной массы] выполнить обязательства по продолженному контракту;

[*b)* управляющий в деле о несостоятельности может быть наделен полномочиями [принимать решение] продолжить исполнение определенных контрактов [например, контрактов, которые можно разделить на отдельные части, например часть, посвященную предоставлению коммунальных услуг] без обязательного исправления нарушения, при условии что управляющий в деле о несостоятельности предоставляет надлежащие заверения в отношении удовлетворения требований, возникающих из контракта после открытия производства. Контрагент [должен представить] [представит] требование в отношении неисполнения, которое будет считаться возникшим до открытия производства.]

Отказ от исполнения

(57) [(47)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может [принять решение] отказаться от исполнения контракта, который является обременительным[4] для имущественной массы.

(58) [(44)] В период после открытия производства по делу о несостоятельности и до отказа от исполнения контракта законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что, если контрагент осуществляет исполнение к выгоде имущественной массы, выгоды, полученные имущественной массой в соответствии с контрактом, подлежат оплате в качестве расходов по управлению имущественной массой[5].

(59) Для случаев отказа от исполнения контракта законодательство о несостоятельности должно предусматривать для контрагента уведомление об отказе от исполнения и о его правах в отношении предъявления требования (в частности, сроки предъявления требования).

(60) [(48)] Для случаев отказа от исполнения контракта законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что отказ от исполнения создает [обычно не обеспеченное] требование [, считающееся возникшим до открытия производства] из причиненных отказом убытков, которые будут определяться в соответствии с общими правилами об убытках. Требования в отношении отказа от исполнения долгосрочного контракта могут ограничиваться в силу законодательства о несостоятельности.

(61) [(49)] Для случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности принимает решение отказаться от исполнения контракта, в законодательстве о несостоятельности должен указываться срок вступления отказа в силу.

Момент продолжения исполнения и отказа от исполнения

(62) [(50)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать предельный срок, в течение которого управляющий в деле о несостоятельности может принять решение продолжить контракт (когда законодательство о несостоятельности требует конкретного решения о продолжении исполнения контракта) или отказаться от исполнения контракта, причем этот срок может быть продлен судом. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить последствия непринятия управляющим в деле о несостоятельности соответствующего решения.

(63) [Невзирая на рекомендацию (62)] законодательство о несостоятельности должно позволять контрагенту просить уполномоченного в деле о несостоятельности принять незамедлительные меры для вынесения решения в отношении контракта, когда контрагент может продемонстрировать ущерб как следствие задержки в исполнении.

Уступка контрактов

[(64) [(51)] Законодательство о несостоятельности не обязательно должно содержать правила, касающиеся уступки контрактов, если этот вопрос урегулирован другими нормами права, например общим договорным правом, и если считается, что подобные вопросы должны разрешаться на основании применения таких других норм права.]

(65) [(52)] Если сочтено желательным включить специальные положения, касающиеся уступки контрактов, в законодательство о несостоятельности, в этом законодательстве может предусматриваться, что управляющий в деле о несостоятельности может [принимать решение] уступить контракт, несмотря на ограничения в этом контракте.

(66) [(53)] Для тех случаев, когда контрагент возражает против уступки контракта, в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что суд тем не менее может утвердить уступку, [если] [при условии что]:

a) цессионарий способен исполнить договорные обязательства;

b) уступка [не наносит неоправданного ущерба контрагенту] [не ставит контрагента в невыгодное положение]; [и]

c) уступка является необходимой для [или в интересах] реорганизации предприятия должника или продажи предприятия должника в качестве действующей хозяйственной единицы при ликвидации.

---

[4] Законодательство о несостоятельности может установить такие обстоятельства, при которых имущество несостоятельного должника может рассматриваться как обременительное, в том числе когда [51] активы имеют отрицательную или незначительную ценность; когда активы не имеют значения для реорганизации; когда имущество настолько обременительно, что его сохранение может потребовать чрезмерных расходов, которые превысят доходы от реализации имущества или повлекут за собой обременительные обязательства или ответственность выплачивать деньги; или когда имущество не пользуется спросом или его нельзя без труда продать.

[5] См. Часть вторую, главу VI.C.

Специальный режим в отношении некоторых контрактов

(67) [(54)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать специальные правила в отношении режима трудовых, финансовых контрактов, контрактов интеллектуальной собственности и […] контрактов[6].

[6] О режиме финансовых и смежных контрактов см Часть вторую, главу III.F.

Контракты после открытия производства по делу

(68) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что контракты, заключенные при обычном ведении коммерческих операций после открытия производства по делу о несостоятельности, будут рассматриваться как обязательства имущественной массы после открытия производства. Требования, возникающие из этих контрактов, должны рассматриваться в качестве административных расходов.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63.Add.3 и Add.4; глава III.A–D содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-8; главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть два (продолжение) *Пункты*

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

E. Процедура расторжения сделок ... 151–189
1. Введение ... 151–157
2. Критерии расторжения сделок ... 158–161
3. Категории сделок, подлежащих расторжению ... 162–174
4. Сделки, не подпадающие под действия по расторжению сделок ... 175
5. Установление "подозрительного" периода ... 176–178
6. Начало применения процедур расторжения сделок ... 179–187
7. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам ... 188
8. Контракты, заключенные после подачи заявления и открытия производства ... 189

Рекомендации ... 69–81

F. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты ... 190–202
1. Общее право на зачет ... 190–195
2. Взаимозачет и зачет в контексте финансовых сделок ... 196–198
3. Исключения или "выделение", касающиеся финансовых контрактов ... 199–202

Рекомендации ... 82–88

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 м A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

E. Процедура расторжения сделок

1. Введение

151. [124] 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 такого промежуточного срока должник может обладать значительными возможностями, для того чтобы попытаться скрыть свои активы от кредиторов, взять на себя искусственные обязательства, пожертвовать средства родственникам и друзьям или произвести платежи одним кредиторам в ущерб другим, или же кредиторы могут обладать значительными возможностями для принятия стратегических мер, для того чтобы оказаться в благоприятном положении. В результате таких действий с точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности в невыгодном

положении окажутся обычные необеспеченные кредиторы, которые не выступали сторонами таких сделок и не пользуются защитой в виде обеспечения, а также будет нанесен ущерб ключевой цели обеспечения равного режима для кредиторов, находящихся в аналогичном положении.

152. [131] В настоящем разделе цель использования слова "сделка" состоит в том, чтобы в целом охватить широкий диапазон юридических актов, с помощью которых может осуществляться отчуждение активов или принятие обязательств, в том числе путем передачи, платежа, создания обеспечения, гарантии, ссуды или высвобождения.

153. [125] В законодательстве о несостоятельности многих стран содержатся положения, имеющие обратную силу и направленные на расторжение тех ранее совершенных сделок, стороной которых являлся неплатежеспособный должник, или сделок с имуществом должника в тех случаях, когда они имеют определенные последствия. Такие последствия включают сокращение общей стоимости активов должника (например, если активы отдаются в дар, передаются или продаются за сумму, меньшую их справедливой коммерческой стоимости) или нарушение принципа равных долей кредиторов одной и той же очереди (например, в результате выплаты долга 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). Во многих случаях положения законодательства, не касающиеся несостоятельности, также регулируют подобные виды сделок, которые наносят ущерб кредиторам вне контекста несостоятельности, однако они также могут иметь значение при несостоятельности. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может, в дополнение к положениям законодательства о несостоятельности, использовать и такие положения законодательства, которые не затрагивают несостоятельность.

154. [133] Как правило, возможность расторжения сделок при несостоятельности предусматривается по ряду причин, включая следующие: 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 поддержания в целом принудительной реализации прав кредиторов; для обеспечения равного режима для всех кредиторов путем предупреждения фаворитизма, когда должник стремится обеспечить 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 основ, способствующих внесудебному урегулированию: кредиторам будет известно, что совершенные в последний момент сделки или изъятия активов могут быть аннулированы, и в силу этого они будут проявлять бóльшую готовность работать совместно с должниками в целях достижения приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

155. [125] Основная цель полномочий на расторжение сделок состоит в том, чтобы сохранить целостность имущественной массы и обеспечить получение кредиторами справедливой доли активов несостоятельного должника, распределяемых в соответствии с установленной очередностью платежей. Независимо от этой цели, важно иметь в виду тот факт, что полномочия на расторжение сделок могут распространяться на многие сделки, которые являлись бы вполне нормальными и приемлемыми, если бы они совершались вне контекста несостоятельности, но которые становятся подозрительными, когда они заключаются в непосредственной 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 согласно общим нормам гражданского или торгового права.

156. [126] Вопрос о положениях, разрешающих расторгать сделки, обсуждается весьма активно, особенно с точки зрения их эффективности на практике и необходимости в определенном смысле производных правил для определения, например, соответствующих сроков, а также природы круга охватываемых сделок. Тем не менее положения о расторжении сделок могут играть важную роль в законодательстве о несостоятельности, причем не только в силу той причины, что принципиальные соображения, которые обусловливают их введение, являются обоснованными, но и потому, что такие положения могут привести к возвращению активов или их стоимости в интересах кредиторов в целом и что положения такого характера способствуют установлению кодекса справедливого коммерческого поведения и являются частью соответствующих стандартов надлежащего управления коммерческими предприятиями.

157. [127] Как и в случае ряда других ключевых положений законодательства о несостоятельности, при разработке положений о расторжении сделок необходимо обеспечить сбалансированность между противоречащими друг другу социальными выгодами, такими как, с одной стороны, необходимость наличия широких полномочий для максимизации стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов и, с другой стороны, возможность нанесения ущерба договорной предсказуемости и определенности. Даже в тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусмотрены широкие полномочия на расторжение сделок, осуществление таких полномочий может быть обусловлено четкими критериями, которые могут способствовать обеспечению коммерческой определенности и предсказуемости.

2. Критерии расторжения сделок

158. [128] В законодательстве о несостоятельности многих стран предусмотрены существенно различающиеся подходы к установлению критериев, касающихся процедуры расторжения сделок, с точки зрения конкретных критериев и того, как они сочетаются в каждой правовой системе. С точки зрения применимых критериев их можно в широком смысле разделить на категории объективных и субъективных критериев.

159. [128] 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 оговоренного срока до подачи заявления об открытии производства или до открытия производства по делу о несостоятельности (который часто именуется "подозрительным периодом") или обладает ли сделка какой-либо характеристикой из ряда общих характеристик, установленных законодательством (например, предоставление надлежащей стоимости пере-

данных активов или принятых обязательств, независимо от того, наступил ли срок погашения долга или исполнения обязательства, или взаимоотношения между сторонами сделки). Хотя обобщенные критерии, возможно, легче применять, 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.

160. [129] В рамках другого подхода основное внимание уделяется таким конкретизированным, субъективным критериям, как наличие доказательств намерения скрыть активы от кредиторов, прекращение выплат должником в момент совершения сделки или неспособность производить платежи по сделке, несправедливый характер сделки в отношении некоторых кредиторов и осведомленность контрагента о том, что должник прекратил производить платежи. Такой индивидуализированный подход может потребовать тщательного рассмотрения вопроса о намерениях сторон сделки и других факторов, таких как финансовые обстоятельства должника, и о том, что представляет собой обычная практика ведения коммерческих операций между должником и отдельными кредиторами.

161. Законодательство о несостоятельности лишь небольшого числа стран опирается исключительно на субъективные критерии в качестве основы положений о расторжении сделок; как правило, такие критерии используются в сочетании с установленным сроком, в течение которого должны совершаться сделки. [129] В некоторых странах широкое использование субъективных критериев вызвало многочисленные судебные тяжбы и повлекло за собой значительные расходы для имущественной массы. С тем чтобы избежать таких расходов, в законодательстве некоторых стран используется строго объективный подход, предусматривающий установление короткого "подозрительного" периода продолжительностью, например, в четыре месяца. В некоторых случаях такой короткий "подозрительный" период сочетается 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. В законодательстве о несостоятельности ряда стран в отношении различных видов сделок применяется сочетание таких различных подходов. 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. В законодательстве о несостоятельности одной из стран, в которой используется сочетание объективных и субъективных элементов, предусматривается, например, что такие сделки, как пожертвование, обеспечение имеющихся долгов и необычные платежи (платежи, не произведенные с использованием обычных платежных средств, или досрочные платежи) могут быть расторгнуты, когда они совершаются в течение трех месяцев до открытия производства. Другие сделки могут быть аннулированы, если должник прекратил платежи, сделка является несправедливой или ненадлежащей в отношении группы кредиторов и контрагенту было известно, что должник прекратил платежи в момент совершения сделок.

3. Категории сделок, подлежащих расторжению

162. [132] Для большинства правовых систем характерны три широкие и общие категории сделок, подлежащих расторжению, которые, несмотря на различия в их определении, используются в настоящем руководстве в качестве основы для обсуждения. К их числу относятся следующие сделки: сделки, совершенные с намерением затруднить или затянуть действия кредиторов или воспрепятствовать действиям кредиторов по удовлетворению своих требований (часто именуемые мошенническими сделками), сделки по заниженной стоимости и сделки с некоторыми кредиторами, которые могут рассматриваться в качестве преференциальных. Некоторые сделки могут обладать характеристиками нескольких из этих различных категорий, что зависит от индивидуальных обстоятельств каждой сделки. Например, сделки, представляющиеся, на первый взгляд, преференциальными, могут в большей степени носить характер сделок, совершенных с намерением затруднить или задержать усилия кредиторов или воспрепятствовать таким усилиям, когда целью сделки является выведение активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора или нанесение иного ущерба интересам такого кредитора, и эти сделки совершаются тогда, когда должник испытывает финансовые проблемы и будет не в состоянии платить по своим обязательствам по мере наступления срока их погашения, или если в результате этих сделок у должника не остается достаточных активов для продолжения коммерческой деятельности. Аналогичным образом, сделки, совершенные по заниженной стоимости, могут также быть преференциальными, когда они заключены с кредиторами, но не когда они заключены с третьими сторонами, а когда существует явное намерение затруднить или задержать действия кредиторов либо воспрепятствовать им, они подпадают под первую категорию сделок. По этим причинам желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности оговаривались конкретные характеристики, имеющие важное значение для расторжения сделок, вместо использования таких широких определений, как "мошеннические" или "преференциальные".

a) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям

163. [134] Такие категории сделок совершаются должником, который переводит активы за пределы досягаемости кредиторов какой-либо третьей стороне с намерением создать преимущество для определенных кредиторов и, как правило, требуют, чтобы третьей стороне было известно о таком намерении или, в некоторых случаях, должно было быть известно о таком намерении. Подобные сделки, как правило, не могут автоматически расторгаться путем использования объективного критерия периода установленной продолжительности, в течение которого совершается сделка, что объясняется необходимостью в доказывании намерения должника. Такое намерение в редких случаях подтверждается прямыми доказательствами; речь, скорее, может идти об установлении общих обстоятельств, сопутствующих осуществлению таких видов перевода. Хотя такие обстоятельства разнятся в различных правовых системах, существует ряд общих показателей, включая следующее:

i) взаимоотношения между сторонами сделки или обязательства, когда перевод был осуществлен

непосредственно связанному с должником лицу или обязательство было принято непосредственно в отношении такого лица или через третью сторону в отношении связанного с должником лица;

ii) стоимость, полученная за перевод или принятие обязательства, является номинальной или недостаточной;

iii) финансовое положение должника как до, так и после осуществления перевода или принятия обязательства, особенно в тех случаях, когда должник уже не в состоянии платить по требованиям или утратил платежеспособность вскоре после осуществления перевода или принятия обязательства;

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 в тех случаях, когда, например, перевод был осуществлен вскоре после взятия должником на себя значительного долга;

vi) сокрытие должником перевода или обязательства, особенно в тех случаях, когда это выходит за рамки обычных коммерческих операций, или использование фиктивных сторон; или

vii) должник скрывается.

164. В законодательстве некоторых стран также оговорены обстоятельства, при которых может возникать презумпция намерения, или конкретные сделки, когда речь может идти о намерении или недобросовестности, например сделки со связанными с должником лицами, совершаемые в течение оговоренного периода до открытия производства (дополнительно рассматривается ниже). В соответствии с законодательством других стран достаточным основанием для расторжения сделки могут быть случаи, если 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, например передача правового титула на землю, не подлежат расторжению в рамках такой категории сделок, если такая операция была осуществлена добросовестно за надлежащую цену и бенефициар не получил уведомления или не знал о каком-либо умысле на мошенничество.

165. [134] Что касается доказывания наличия умысла, то на практике, если должник не способен объяснить коммерческую цель той или иной конкретной сделки, в результате которой из имущественной массы выводится стоимость, может быть продемонстрировано, что эта сделка является таковой, что она подпадает под эту категорию. Как отмечалось выше, при разработке законодательства о несостоятельности может быть желательным учет того факта, что сделки такого вида, которые потенциально могут быть расторгнуты согласно законодательству о несостоятельности, часто являются вполне действительными согласно иным нормам права.

b) Сделки по заниженной стоимости

166. [135] В законодательстве о несостоятельности многих стран предусматривается, что сделки обычно могут быть расторгнуты в тех случаях, когда стоимость, полученная должником в результате передачи каких-либо активов третьей стороне или принятия обязательства в отношении третьей стороны, является либо номинальной, например дарение, либо намного более низкой, чем истинная или рыночная стоимость переданных активов или принятых обязательств, и когда сделка совершена в течение оговоренного срока до конкретной даты ("подозрительный" период). Законодательство некоторых стран также содержит требование о необходимости установления факта прекращения выплат должником в момент совершения сделки или наступления несостоятельности должника в результате этой сделки. В эту категорию входят сделки как с кредиторами, так и с третьими сторонами. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран 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 и, когда соответствующим требованием является прекращение выплат, превышение стоимости активов должника над суммой его обязательств на момент совершения сделки.

c) Преференциальные сделки

167. [136] Преференциальные сделки могут подлежать расторжению в тех случаях, когда i) сделка совершена в течение определенного, но, как правило, весьма короткого периода времени до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности ("подозрительный" период); 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 о несостоятельности многих стран также содержится требование доказывания факта несостоятельности или наступающей несостоятельности должника в момент совершения сделки. Основание для включения таких видов сделок в сферу действия положений о расторжении состоит в том, что они совершаются в момент, весьма близкий к открытию производства, что в этот момент факт наступления несостоятельности уже является весьма вероятным и что они идут вразрез с ключевой целью равного режима кредиторов.

168. [137] В число примеров преференциальных сделок могут входить выплата или зачет долгов, срок погашения которых еще не наступил; совершение действий, которые должник не обязан совершать; предоставление обеспечения в отношении существующих долгов; необычные методы платежа – неденежные – по долгам, срок погашения которых наступил; выплата долга в существенном объеме в сравнении с активами должника; и выплата долгов в ответ на исключительное давление со стороны кредитора, например в случае судебной тяжбы или наложения ареста. Зачет, который сам по себе не подлежит расторжению, может рассматриваться в качестве сделки, наносящей ущерб, когда он происходит в течение короткого срока до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и в результате изменяется соотношение

задолженности различным сторонам таким образом, что создается определенное предпочтение, или когда он связан с передачей или уступкой требований в отношениях между кредиторами, с тем чтобы расширить возможности для осуществления зачета. Когда зачет происходит при необычных обстоятельствах, например когда стороны зачета не связаны между собой договорными отношениями, он также может быть аннулирован.

169. [138] Одним из возражений против утверждения о преференциальном характере сделки может быть доказывание того, что сделка, хотя она и содержит элементы преференций, на самом деле соответствует обычной коммерческой практике и, в частности, обычной практике деловых операций в отношениях между сторонами сделки. Например, платеж, произведенный по получении товаров, которые поставляются и оплачиваются регулярно, не может быть преференциальным, даже если он произведен незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности, в то время как платеж по давно просроченному долгу может быть преференциальным. 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, включают следующее: бенефициар предоставляет должнику кредит после совершения сделки и такой кредит не оплачен (возражение ограничено суммой нового кредита); бенефициар может доказать, что ему не было известно о возможности создания преференции; бенефициару не было известно или не могло быть известно о том, что должник полностью прекратил платежи; или, когда прекращение платежей является требуемым элементом, что стоимость активов должника превышала сумму его обязательств в момент совершения сделки.

d) Обеспечительные интересы

170. [139] Хотя обеспечительные интересы, являющиеся действительными согласно законам, допускающим предоставление обеспечения кредиторам, в целом 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 как подпадающие под категорию мошеннических, преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделок. Например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до открытия производства, которое в иных отношениях является действительным, может быть сочтено предоставляющим несправедливые выгоды определенному кредитору за счет остальных кредиторов. В тех случаях, когда обеспечительный интерес предоставлен для обеспечения уже существующего долга или на основе соображений, существовавших ранее (что допускается в некоторых, однако не во всех, правовых системах), он может быть также признан недействительным в качестве создающего несправедливые преимущества для конкретного кредитора. Платежи, полученные обеспеченным кредитором, могут рассматриваться как преференциальные (по меньшей мере, частично), если требование необеспеченного кредитора оплачено полностью в течение "подозрительного" периода. Аналогичные соображения будут применяться и к обеспечительному интересу, который не был формализован согласно соответствующему законодательству об обеспеченных сделках и, в соответствии с законодательством некоторых стран, к обеспечительному интересу, формализованному в течение непродолжительного периода до открытия производства.

e) Сделки с лицами, связанными с должником

171. [146] 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 (которые могут также именоваться сопричастными лицами или лицами, входящими во "внутренний круг"), в законодательстве о несостоятельности нередко предусматриваются более жесткие нормы, особенно в отношении продолжительности "подозрительных" периодов и режима любого требования лица, связанного с должником (см. Часть вторую, главу VI.A). [130] Установление более жесткого режима может быть оправданным на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой и они имеют более широкие возможности первыми узнать о том, когда должник начинает испытывать финансовые трудности.

172. Лица, связанные с должником, определяются, как правило, по различным уровням связей с должником. В рамках большинства правовых систем лица, имеющие в той или иной форме корпоративные или семейные связи с должником, считаются лицами, связанными с должником. В законодательстве обычно, но не всегда, используется запретительный подход. В отношении лиц, находящихся в коммерческих отношениях с должником в определенной форме, в рамках узкого подхода под эту категорию подпадают директоры или руководство предприятия должника, а под более широкое определение могут подпадать не только лица, осуществляющие эффективный 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 тех лиц, которые имеют коммерческие связи с должником, также обычно рассматриваются в качестве лиц, связанных с должником. Важным элементом во многих правовых системах является включение в число связанных с должником лиц таких лиц, которые вступали в определенные взаимоотношения с должником в прошлом или могут вступить с ним в определенные взаимоотношения в будущем.

f) Расторгаемые сделки или сделки, подлежащие расторжению

173. [147] Если сделка относится к одной из категорий сделок, подлежащих расторжению, то в соответствии с законодательством о несостоятельности она либо расторгается автоматически, либо может быть расторгнута, 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 расторгаться. Однако даже в том случае, если применяется такой

подход, управляющий в деле о несостоятельности может быть вынужден открыть производство для возвращения контрагентом активов или эквивалентной им стоимости.

174. [148] 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.

4. Сделки, не подпадающие под действия по расторжению сделок

175. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что определенные сделки не будут подпадать под действие положений о расторжении. При этом речь может идти о сделках, совершенных либо в период между подачей заявления об открытии производства и открытием производства, либо после открытия производства, при условии что они подпадают под категорию обычных коммерческих операций должника, совершаемых добросовестно управляющим в деле о несостоятельности либо с его согласия или согласия суда, и совершаются для дальнейшего ведения производства. Другими сделками, которые, возможно, желательно исключить из сферы действий по расторжению сделок, являются сделки, совершаемые в ходе осуществления плана реорганизации, когда реализация такого плана не приносит успехов и производство впоследствии преобразуется в ликвидационное. И наконец, определенные сделки, имеющие важное значение для функционирования финансовых рынков (например, взаимозачет при закрытии в рамках контрактов, касающихся ценных бумаг и производных инструментов), могут не подпадать под действия по расторжению сделок (см. Часть вторую, главу III.F).

5. Установление "подозрительного" периода

176. [140] В законодательстве о несостоятельности большинства стран конкретно оговаривается продолжительность "подозрительного" периода в отношении конкретных видов сделок, подлежащих расторжению, и определена дата, начиная с которой такой период рассчитывается ретроактивно. Например, определенное число дней или месяцев до наступления какого-либо конкретного события, такого как подача заявления об открытии производства, открытие производства по делу о несостоятельности или решение суда о дате, когда должник прекратил оплачивать свои долги в обычном порядке ("прекращение платежей"). С этим связан вопрос о возможности продления оговоренного в законодательстве о несостоятельности "подозрительного" периода судом в надлежащих 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 по вопросу о том, какие сделки могут быть, по всей вероятности, расторгнутыми. Порядок, при котором могут быть расторгнуты сделки, совершенные в течение некоего неоговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности и при котором это может произойти по усмотрению суда, может, по всей вероятности, уменьшить надежность коммерческих и финансовых операций. По этим причинам желательно ограничивать применение дискреционного подхода мошенническими сделками, когда вопросы коммерческой определенности вызывают меньшую озабоченность.

177. [141] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран 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 того, является ли основой для расторжения мошеннический перевод или преференция, и в зависимости от таких факторов, как был ли ущерб причинен кредиторам умышленно и входил ли получатель в круг связанных с должником лиц, о чем говорилось выше. Поскольку некоторые сделки связаны с совершением умышленного противоправного деяния, в законодательстве о несостоятельности многих стран срок, в течение которого такие виды сделок должны быть совершены, для того чтобы существовала возможность их расторжения, не ограничивается. Согласно законодательству о несостоятельности других стран, устанавливается весьма длительный срок (могут быть приведены примеры продолжительности от одного года до десяти лет), когда "подозрительный" период отсчитывается, как правило, от даты открытия производства.

178. [142] 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, когда в сделках участвуют связанные с должником лица, во многих странах применяются более жесткие правила. Такие правила могут предусматривать установление более длительных "подозрительных" периодов (например, два года, а не три-шесть месяцев, когда в сделках не участвует связанное с должником лицо), перенос бремени доказывания (см. раздел 6 *d),* ниже) и снятие требований о том, чтобы должник в момент совершения сделки прекратил платежи или стал несостоятельным в результате совершения такой сделки.

6. Начало применения процедур расторжения сделок

a) Стороны, которые могут начинать применение таких процедур

179. Для расторжения той или иной сделки требуется, как правило, подать заявление в суд, с тем чтобы объявить сделку недействительной. В законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что процедуры расторжения оговоренных сделок должны применяться управляющим в деле о несостоятельности, однако законодательство некоторых стран также представляет соответствующие полномочия кредиторам и, в некоторых случаях, комитету кредиторов. Как указано в пункте 174, для принятия решения о начале такой процедуры потребуется учесть различные соображения в зависимости от того, отвечает ли расторжение интересам имущественной массы

или, в случае кредитора, интересам такого кредитора[1]. Соответствующие соображения будут, как правило, связаны со стоимостью и возможной выгодой; в случае действий, направленных на возвращение активов в имущественную массу, они будут включать такие соображения, как соответствие расторгаемой сделки интересам имущественной массы, вероятные издержки для имущественной массы, вероятность возвращения стоимости в имущественную массу, возможные задержки в таком возвращении и трудности, связанные с доказыванием элементов, которые необходимы для расторжения той или иной сделки.

180. [149] Согласно таким законам, когда управляющий в деле о несостоятельности уполномочен начать процедуру расторжения и, учитывая весомость указанных выше соображений (т. е. по причинам, иным чем небрежность или недобросовестность, либо при отсутствии каких-либо оправданных причин[2]), принимает решение не начинать процедуру по расторжению определенных сделок, в законодательстве о 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. Что касается порядка осуществления подобных процедур, то, согласно некоторым законам, кредитору или комитету кредиторов разрешается требовать от управляющего в деле о несостоятельности приступить к процедуре расторжения сделок, когда это представляется выгодным для имущественной массы, или разрешается также самому кредитору или комитету кредиторов приступить к такой процедуре расторжения подобных сделок при условии согласия других кредиторов. В тех случаях, когда подобный порядок разрешен, в некоторых законах предусматривается, что активы или стоимость, возвращенные кредитором, должны считаться частью имущественной массы; в других случаях все возвращенное таким образом может быть использовано в первую очередь для удовлетворения требования того кредитора, который предпринял соответствующие действия.

b) Финансирование процедуры расторжения сделок

181. [150] Что касается возможных способов финансирования таких действий, то в ряде стран управляющему в деле о несостоятельности для возбуждения процедуры расторжения сделок предоставляются публичные средства. В других странах подобные процедуры должны финансироваться за счет имущественной массы. Подобный подход может быть целесообразным, когда имеются достаточные средства, однако в некоторых обстоятельствах такой подход может способствовать предотвращению возвращения активов, которые были выведены из имущественной массы со специальным намерением сохранить в ней лишь немногочисленные активы, из которых может финансироваться их возвращение путем применения процедуры расторжения сделок. Согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран, управляющему в деле о несостоятельности разрешается уступать право на возбуждение такой процедуры третьей стороне за определенную стоимость или обращаться к кредиторам за предоставлением в авансовом порядке средств, за счет которых может возбуждаться процедура расторжения сделок. В поддержку использования последних механизмов можно привести довод о том, что, поскольку между различными странами существуют значительные различия в том, что касается доступности публичных средств для целей такого финансирования, и поскольку имеются случаи, когда отсутствует возможность финансировать процедуру расторжения за счет имущественной массы, подобные альтернативные подходы могут предлагать, в соответствующих ситуациях, эффективные средства восстановления стоимости имущественной массы.

c) Предельные сроки возбуждения процедуры

182. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран установлены конкретные сроки, в пределах которых надлежит возбуждать процедуру расторжения сделок, а в законодательстве других стран какие-либо положения, касающиеся данного вопроса, отсутствуют. В тех законах, в которых конкретные сроки установлены, предусмотрено, например, что данную процедуру необходимо возбуждать в течение определенного срока после даты подачи заявления о возбуждении процедуры (например, три месяца или двенадцать месяцев) или не позднее установленного срока (например, шесть месяцев), после того как управляющий в деле о несостоятельности получил возможность подготовить оценку и предъявить требования. В тех случаях, когда согласно законодательству о несостоятельности должен быть установлен конкретный срок, а не использоваться сроки, применимые согласно общему праву, предпочтительным был бы подход, в котором сочетаются различные сроки, например фиксированный срок после возбуждения процедуры и период после выявления определенной сделки управляющим в деле о несостоятельности. Подобный подход позволил бы обеспечить достаточную гибкость для регулирования сделок, скрываемых от управляющего в деле о несостоятельности и выявленных лишь по истечении установленного срока после возбуждения процедуры.

d) Вопросы доказывания

183. [151] Для установления элементов действий по расторжению сделок в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. В соответствии с законодательством некоторых стран бремя доказывания того, что соответствующая сделка не подпадает под какую-либо категорию сделок, подлежащих расторжению, несет должник.

184. [151] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрено, что управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, которому разрешается оспорить сделку, например кредитору, требуется доказать наличие каждого элемента действий по расторжению сделок. Если подобные элементы включают намерение, законодательство некоторых стран допускает перенос бремени доказывания на контрагента, например в случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности трудно установить фактическое намерение должника обмануть кредиторов, кроме как из внешних свидетельств, объективных проявлений или других косвенных доказательств существования такого намерения. В законодательстве мо-

[1] В законодательстве некоторых стран предусмотрено, что кредитор имеет право оспорить отдельные сделки должника и что он может извлечь личную выгоду в случае успешного применения процедур. В законодательстве некоторых стран также оговорено, что начать применение таких процедур могут только те кредиторы, долг которым предшествовал совершению оспариваемой сделки. В законодательстве других стран право предпринимать действия по расторжению сделок ограничивается управляющим в деле о несостоятельности, когда производство по делу о несостоятельности уже открыто.

[2] Права и обязанности управляющего в деле о несостоятельности см. в главе IV.B.

жет быть предусмотрена презумпция совершения сделки в ущерб кредиторам, и бремя доказывания обратного лежит на контрагенте.

185. В соответствии с иным подходом предусматривается, что требуемое намерение или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда совершаются определенные виды сделок, например в течение оговоренного срока до подачи заявления о возбуждении процедуры или в течение нескольких лет до начала такой процедуры. Возможные виды сделок могут включать, например, сделки с лицами, связанными с должником, выплату долгов до истечения срока их погашения и платежи по безвозмездным или обременительным сделкам. Определенное отклонение представляет собой подход, предусматривающий, что та или иная сделка будет считаться подлежащей расторжению, если она совершена в течение короткого оговоренного периода и ее последствием является предоставление преференции.

186. В тех случаях, когда требуемым элементом процедуры расторжения сделок является осведомленность о прекращении платежей, законодательство о несостоятельности некоторых стран устанавливает презумпцию того, что кредитору известно о трудном финансовом положении должника, если должник заключил определенные сделки с таким кредитором, например выплата долга до наступления срока его погашения, или необычное погашение долга, или совершение сделки в течение короткого периода до подачи заявления о возбуждении процедуры расторжения либо до возбуждения такой процедуры.

187. Еще один подход предусматривает, что, когда в течение оговоренного периода совершается определенная сделка, имеющая своим последствием 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 на сумму задействованных активов.

7. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам

188. [143] При расторжении сделки возникает вопрос о последствиях расторжения для контрагента. Согласно законодательству о несостоятельности большинства стран, последствием расторжения сделки, как правило, являются ее аннулирование и предъявление контрагенту требования возвратить полученные активы или произвести платеж наличными на сумму сделки в имущественную массу. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрена возможность вынесения по требованию управляющего в деле о несостоятельности решения на сумму задействованного имущества. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран также предусмотрено, что контрагент, возвративший активы или стоимость в имущественную массу, может предъявлять требование в качестве необеспеченного кредитора при несостоятельности в размере возвращенных активов. В тех случаях, когда контрагент не возвращает активы или стоимость в имущественную массу, большинство имеющихся средств судебной защиты не относятся к законодательству о несостоятельности, однако в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрено, что при несостоятельности может признаваться требование контрагента (на суммы, причитающиеся в дополнение к суммам, связанным с расторгаемой сделкой).

8. Контракты, заключенные после подачи заявления и открытия производства

189. Как отмечается выше (Часть вторая, глава III.B.6), в законодательстве о несостоятельности некоторых стран затрагиваются контракты, заключенные в период между подачей заявления и открытием производства и после открытия производства, а также сделки, совершенные в этот период, с точки зрения положений о расторжении сделок, когда такие сделки или контракты не санкционированы законодательством о несостоятельности или не утверждены, если это требуется, судом, управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран указаны виды сделок, которые могут быть расторгнуты, в частности выполнение обязательств, возникающих до открытия производства, выплата долгов, возникших до подачи заявления, создание обеспечения в активах имущественной массы и распоряжение любым правом или активами, образующими часть имущественной массы. В законодательстве других стран предусмотрено расторжение любой несанкционированной сделки, заключенной должником в такой период, за исключением случаев, когда контрагент может доказать, что сделка не нанесла ущерба правам кредитора.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся расторжения сделок, заключаются в следующем:

a) ~~сохранить~~ [воссоздать] [восстановить] неприкосновенность имущественной массы и обеспечить [справедливый] [равный] режим для кредиторов;

b) обеспечить определенность для третьих сторон путем установления четких правил, касающихся обстоятельств, при которых сделки, [совершенные] до открытия производства по делу о несостоятельности [или несанкционированные сделки, совершенные после [подачи заявления] открытия производства] 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

(69) [(56)] Законодательство о несостоятельности должно включать положения, которые имеют обратную силу и которые предназначены для расторжения ранее совершенных сделок[3] [или несанкционированных сделок, совершенных после [подачи заявления] открытия производства], стороной которых является должник [или которые касаются имущества должника] и которые либо сокращают

[3] [131]Цель использования в настоящем разделе слова "сделка" состоит в том, чтобы охватить в целом широкий диапазон юридических актов, с помощью которых могут быть отчуждены активы или приняты обязательства, в том числе путем передачи, уплаты, обеспечения, гарантии, ссуды или высвобождения.

общую стоимость предприятия должника, либо нарушают принцип [справедливого] [равного] режима для кредиторов.

Сделки, подлежащие расторжению

(70) [(57)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что расторжению подлежат следующие виды сделок ~~управляющий в деле о несостоятельности может возбудить процессуальные действия в суде по аннулированию в качестве не имеющих силы следующих видов сделок~~:

a) сделки, направленные на задержку или воспрепятствование возможности кредиторов взыскать по своим требованиям путем перевода активов любой третьей стороне, когда целью сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора либо нанесение иного ущерба интересам этого кредитора и когда третьей стороне известно о таком намерении должника, или на лишение их такой возможности; ~~(мошеннические сделки)~~

b) сделки, согласно которым передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательства осуществляются в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную стоимость (сделки по заниженной стоимости), если такие сделки совершаются в момент, когда должник [уже является несостоятельным] [прекратил платежи] или если должник стал [несостоятельным] [неплатежеспособным] в результате такой сделки; и

c) сделки с участием кредиторов, согласно которым кредитор получает более значительную долю в активах должника, чем его пропорциональная доля (преференциальные сделки), если такие сделки совершаются в момент, когда должник прекратил платежи [уже является несостоятельным].

Обеспечительные интересы

(71) В законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться, что, хотя обеспечительные интересы, имеющие силу согласно законам, допускающим предоставление обеспечения кредиторам, как правило, имеют силу согласно законодательству о несостоятельности, они будут подлежать расторжению на тех же основаниях, как и другие сделки.

Сделки с лицами, связанными с должником

(72) [(61)] В отношении сделок, подобных тем, о которых говорится в рекомендации 70, с участием лиц, связанных с должником, законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что ~~управляющий в деле о несостоятельности может возбудить процессуальные действия в суде по аннулированию в качестве не имеющих силы сделок по заниженной стоимости и преференциальных сделок~~

a) подобные сделки подлежат расторжению;

b) "подозрительный" период для таких сделок может быть более длительным, чем для сделок с лицами, не связанными с должником; и

c) могут иметь место презумпции или перенос бремени доказывания в интересах имущественной массы.

(73) В законодательстве о несостоятельности следует четко определить категории лиц, считающихся в достаточной мере связанными с должником для целей рекомендации 72.

~~62) В законодательстве о несостоятельности следует четко установить "подозрительный" период для видов сделок, упомянутых в рекомендации 61, который в целом будет более длительным, чем сроки, применимые как к сделкам по заниженной стоимости, так и преференциальным сделкам без участия лиц, связанных с должником~~.

Сделки, не подлежащие расторжению

(74) В законодательстве о несостоятельности должны указываться сделки, не подлежащие расторжению. Такие сделки могут включать сделки, заключенные в ходе обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности, сделки, заключенные в ходе реорганизационного производства, преобразованного впоследствии в ликвидационное, и некоторые сделки на финансовом рынке.

Установление "подозрительного" периода

(75) [(58)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что сделка, обладающая характеристиками, которые описаны в рекомендации 70, может быть расторгнута, если она совершена в течение оговоренного срока ("подозрительный" период) [до] [, рассчитанного ретроспективно с момента] [подачи заявления об открытии] [открытия] производства по делу о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности могут оговариваться различные "подозрительные" периоды для разных видов сделок, однако, как правило, "подозрительные" периоды для сделок, о которых говорится в рекомендации 70 *a)*, и сделок с участием лиц, связанных с должником (рекомендация 72), должны быть более продолжительными, чем для других видов сделок и сделок, в которых не участвуют связанные с должником лица.

Возбуждение процедуры расторжения

(76) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности [и …] может [могут] возбуждать процедуру расторжения сделок[4].

Предельные сроки для возбуждения процедуры расторжения

(77) [(59)] После открытия производства по делу о несостоятельности срок, в течение которого процедура расторжения может быть возбуждена в отношении той или иной сделки, о которой известно управляющему в деле о несостоятельности, может ограничиваться законодательством о несостоятельности или применимым процессуальным правом.

Финансирование процедуры расторжения

(78) [(64)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать альтернативные подходы для урегулирования финансирования процедуры расторжения, когда управляющий в деле о несостоятельности не предпринимает действий по расторжению конкретной сделки либо

[4] Вопросы, имеющие отношение к расторжению, могут также возникать в рамках процедуры, возбужденной иным лицом, чем управляющий в деле о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности ставит вопрос о расторжении в качестве защиты от принудительной реализации.

на основании оценки, что вероятность расторжения этой сделки мала, либо поскольку реализация таких сделок приведет к [неоправданным] [чрезмерным] затратам для имущественной массы. Такие подходы могут включать разрешение индивидуальным кредиторам или комитету кредиторов предпринимать действия по расторжению и *a)* разрешение кредитору (кредиторам) удерживать любые полученные суммы для удовлетворения его (их) требований, *b)* оплатить затраты на процедуру расторжения из имущественной массы в случае, если такая процедура приводит к успеху, или *c)* изменить очередность требования кредитора (кредиторов), предпринявшего (предпринявших) действия по расторжению.

Вопросы доказывания

(79) [(60)] В законодательстве о несостоятельности должны оговариваться элементы, подлежащие доказыванию в целях расторжения той или иной сделки, а также возможные возражения против расторжения.

(80) [(63)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать, что в отношении расторжения определенных сделок, совершенных в течение оговоренных периодов с участием определенных четко оговоренных лиц [таких, как лица, связанные с должником,] или категорий лиц, применяются специальные доказательственные презумпции.

Ответственность контрагентов в отношении расторгнутых сделок

(81) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что контрагент сделки, которая была расторгнута, обязан вернуть в имущественную массу все материальные выгоды, полученные в результате расторгнутой сделки. Если контрагент отказывается вернуть такие выгоды, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться, что контрагент не может предъявлять требование в рамках производства по делу о несостоятельности.

~~*Обжалование решения относительно расторжения сделок.*~~

~~*(65) Законодательство о несостоятельности должно разрешать заинтересованным сторонам обжаловать в судебном порядке решения, принятые управляющим в деле о несостоятельности в отношении расторжения сделок. В число оснований для обжалования могут входить следующие: [...].*~~

F. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты

1. Общее право на зачет

190. [116] Важный вопрос, возникающий при разработке законодательства о несостоятельности, связан со статусом кредитора, который в момент подачи заявления об открытии производства также является должником имущественной массы. Если применить основополагающий принцип равного режима для кредиторов, находящихся в одинаковом положении, то результат будет относительно ясным: управляющий в деле о несостоятельности будет иметь право на получение полной суммы, причитающейся с кредитора, и требование кредитора будет удовлетворено после ликвидации имущественной массы или в рамках реорганизации. В то же время, согласно альтернативному подходу, кредитору при подобных обстоятельствах разрешается реализовать свои права на зачет в отношении имущественной массы после открытия производства с теми последствиями, что, в зависимости от суммы требования имущественной массы к кредитору, требование кредитора удовлетворяется полностью. Таким образом, основное последствие заключается в том, что кредитор, обладающий правом на зачет, по существу является "обеспеченным" кредитором, поскольку встречное требование должника может быть оплачено или отклонено путем его зачета в требовании кредитора. Зачет становится важным лишь после наступления несостоятельности, поскольку если контрагент всегда в состоянии заплатить, то необходимость в зачете не возникнет.

191. Поскольку требования являются одной из основных форм имущества в современной экономике и поскольку кредиторы зачастую также являются должниками одного и того же контрагента, регулирующие зачет нормы имеют важное значение в коммерческой деятельности и на финансовых рынках (см. ниже). Зачет преобладает в коммерческих операциях, поскольку во всех случаях, когда между одними и теми же сторонами заключаются серии контрактов, существует возможность для зачета. Такой порядок распространяется и на взаимные торговые сделки.

192. [119] В международном плане ситуация в связи с подходами к вопросам зачета при несостоятельности является весьма разнообразной. В некоторых странах право на зачет ограничено платежеспособными сторонами, однако является обязательным при наступлении несостоятельности, а в других странах сложилась в корне иная ситуация и зачет допускается между платежеспособными должниками, но запрещен в случае наступления несостоятельности.

193. [117] Целесообразность подтверждения права на зачет в законодательстве о несостоятельности может вызываться рядом причин. Первой из них является справедливость: независимо от важности принципа равного статуса кредиторов может считаться несправедливым положение, при котором должник отказывается произвести платеж кредитору, но в то же время требуется, чтобы этот кредитор произвел платеж. Кроме того, поскольку во многих случаях контрагентами являются банки, право на зачет сопряжено с особыми преимуществами для банковской системы, и, с учетом важной роли банков в предоставлении кредитов, оно, таким образом, считается благоприятным для экономики в целом. В силу своих ключевых функций (кредитование и принятие депозитов) банки, предоставившие кредит несостоятельному должнику, часто оказываются в ситуации, когда они сами несут финансовые обязательства перед должником в форме депозитов. Возникающее после открытия производства право на зачет позволит банкам зачесть свои неоплаченные требования против депозитов должника, даже если срок погашения этих взаимных требований еще не наступил. Зачет позволяет кредитору избежать трудностей, создаваемых неплатежеспособностью должника, и, таким образом, помогает избежать эффекта "домино" при несостоятельности, а также сократить расходы и затраты на соответствующие операции и тем самым снизить стоимость кредита. Зачет также позволяет избежать циркулятивности платежей и связанных с этим затрат.

194. [118] Хотя разрешение зачета имеет ряд преимуществ, такой порядок, возможно, потребуется сбалансировать с учетом некоторых аргументов против права на зачет. Зачет при несостоятельности представляет собой нарушение принципа pari passu, поскольку кредитор, обладающий правом на зачет, получает платеж в полном объеме; при этом, в отличие от обнародованных обеспечительных интересов, общая информация о наличии взаимных требований отсутствует. Зачет может истощить активы должника и воспрепятствовать реорганизации, особенно в том случае, когда должник теряет доступ к своим банковским счетам или наличным средствам на своих банковских счетах.

195. [120] Нормы о праве на зачет взаимодействуют с другими положениями законодательного регулирования несостоятельности по ряду важных аспектов. Например, право кредитора потребовать зачета может обусловливаться положениями о расторжении сделок (см. Часть вторую, главу III.E.3 *c)*). В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности в целом разрешает не принимать во внимание оговорки о прекращении контрактов, что позволяет управляющему в деле о несостоятельности продолжить исполнение неисполненных контрактов, кредитор сможет осуществить права на зачет в отношении взаимных денежных требований только в том случае, если при реализации права не принимать во внимание оговорку о прекращении ему в порядке исключения будет прямо разрешено прекратить контракт и зачесть такие требования. Это имеет особое значение в контексте краткосрочных финансовых сделок.

2. Взаимозачет и зачет в контексте финансовых сделок

196. Зачет, имеющий важное значение для коммерческой деятельности в целом, является также важным на финансовых рынках. Широко распространенные случаи зачета включают зачет банками кредитов против депозитов, зачет между учреждениями на финансовых рынках, например на межбанковском депозитном рынке, и взаимозачет по иностранной валюте, свопам, фьючерсным сделкам, ценным бумагам и договорам, предусматривающим последующий выкуп, а также зачет в рамках централизованных платежных систем. Задействованные при этом средства зачастую являются весьма крупными, и соответственно высока вероятность возникновения дефицита в результате зачета при одновременном сокращении стоимости кредита и опасности возникновения эффекта "домино", что чревато нарушением целостности финансовой системы.

197. Взаимозачет отличается от зачета тем, что в одной из своих форм он может представлять собой зачет неденежных взаимозаменяемых товаров (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в тот же день, – урегулирование путем взаимозачета) и поскольку взаимозачет в его более важной форме предусматривает, как правило, аннулирование контрагентом открытых контрактов с несостоятельным должником, в результате чего в любом случае происходит зачет потерь и выгод, – взаимозачет при закрытии.

198. Позиция различных стран в отношении зачета и взаимозачета является сложной. Меньшинство стран, которые традиционно не разрешают зачет, [119] кроме как для некоторых сделок или для зачета по текущим счетам, все еще в основном придерживаются такой позиции, хотя некоторые из них расширили круг сделок, подлежащих зачету, или приняли законодательство о взаимозачете, которое применяется только к оговоренным контрактам. Из тех государств, которые традиционно допускают зачет, небольшое число стран предусматривают введение моратория при реорганизационном производстве, хотя и допускают исключение в отношении финансовых контрактов. В законодательстве о несостоятельности других стран вопросы зачета не регулируются.

3. Исключения или "выделение", касающиеся финансовых контрактов

199. [121] Вопрос о желательности включения в законодательство о несостоятельности положений, касающихся определенных видов краткосрочных финансовых контрактов, включая соглашения о производных инструментах (например, о валютных свопах или свопах процентных ставок), будет зависеть от порядка регулирования вопросов, связанных с режимом контрактов и прав на зачет. Условия приобретающих все более стандартизированную форму генеральных соглашений, которые регулируют эти отдельные сделки, обычно включают положения, допускающие взаимозачет при закрытии. Такие положения, которые объединяют все самостоятельные платежные обязательства, обычно вступают в силу по наступлении несостоятельности одной из сторон только в том случае, если в законодательстве о несостоятельности присутствуют два аспекта. Во-первых, законодательство должно допускать прекращение (или "закрытие") всех предусматриваемых соглашением неисполненных сделок при наступлении несостоятельности одной из сторон и, во-вторых, оно должно разрешать стороне, не являющейся несостоятельной, производить зачет своих требований против обязательств несостоятельной стороны.

200. [122] Оба эти аспекта отсутствуют в законодательстве о несостоятельности многих стран. Как отмечалось выше при рассмотрении режима контрактов, в некоторых странах управляющему в деле о несостоятельности разрешается по своему выбору продолжить исполнение контракта в нарушение содержащихся в нем оговорок о прекращении. Что касается зачета, то в ряде стран не допускается зачет самостоятельных финансовых требований, срок погашения которых еще не наступил к моменту открытия производства.

201. [123] Во многих странах, в которых не имеется подобных общих норм, предусматривающих как прекращение, так и зачет, установлены, тем не менее, исключения из применимых правил о несостоятельности с конкретной целью разрешить "взаимозачет при закрытии" для соответствующих указанных финансовых контрактов, включая обеспечительные интересы, соглашения об обратной покупке и секьюритизацию. Обоснование таких ограничений связано с растущим значением подобных сделок на глобальном финансовом рынке, необходимостью обеспечения безопасности на рынках, сложным характером подобных финансовых соглашений и тем фактом, что доступ к таким операциям будет ограничен при отсутствии определенности в отношении возможности проведения взаи-

мозачета при наступлении несостоятельности одной из сторон. Несмотря на эти важные преимущества, следует признать, что подобное "выделение" осложняет законодательное регулирование и приводит к установлению преференциального режима для определенных категорий кредиторов.

202. Помимо рассмотренного выше исключения для финансовых контрактов могут потребоваться дополнительные исключения из применения моратория (упоминаемого в Части второй, глава III.B.3), положений о расторжении сделок (упоминаемого в Части второй, главу III.D.6) и права управляющего в деле о несостоятельности продолжать или отвергать исполнение контрактов, по которым должник и его контрагент не в полном объеме выполнили свои соответствующие обязательства (упоминаемого в Части второй, главу III.E.4). *[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть сферу применения таких исключений и вопрос о целесообразности включения в настоящий раздел дополнительных рекомендаций, охватывающих эти вопросы; см. примечание, касающееся рекомендаций 86–88, ниже.]*

Рекомендации

Цели законодательных рекомендаций

[*Положение о целях будет сформулировано позднее*]

Содержание законодательных положений

Общее право на зачет

[(82) [(67)] Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, возникшее до открытия производства ~~должно быть обеспечено защитой в ходе ликвидационного производства и в целом должно подлежать реализации как кредиторами, так и имущественной массой.~~

[(83) Законодательство о несостоятельности должно допускать осуществление зачета, право на который возникло после открытия производства, если взаимные требования возникают из одного и того же соглашения. ~~В дополнение к этому страны также, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о допуске зачета, право на который возникает после открытия производства, в ряде обстоятельств, особенно в связи со взаимными финансовыми обязательствами, вытекающими из финансовых контрактов, как они определены законодательством.~~]

Взаимозачет и финансовые контракты[5]

(84) [(66) В контексте финансовых [контрактов] [генеральных соглашений] законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что механизмы взаимозачета и взаимозачета при закрытии должны быть юридически защищены и что следует в максимально возможной степени избегать вмешательства в их функционирование в рамках производства по делу о несостоятельности .]

Исключение из невозможности принудительного выполнения положений об автоматическом расторжении договоров[6]

(85) [(68)] В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не разрешает зачет после открытия производства взаимных финансовых обязательств или делает невозможным автоматическое выполнение в отношении управляющего в деле о несостоятельности любого положения контракта, обеспечивающего право расторгнуть контракт после наступления события неисполнения обязательств или определяет в качестве события неисполнения обязательства *a)* подачу заявления об открытии производства или открытие производства по делу о несостоятельности; *b)* назначение управляющего в деле о несостоятельности; *c)* тот факт, что должник соответствует критериям для открытия производства по делу о несостоятельности; или *d)* свидетельства того, что должник находится в ослабленном финансовом положении, возможно, в законодательстве о несостоятельности необходимо предусмотреть исключение, касающееся [контрактов] [генеральных соглашений], с тем чтобы положения о взаимозачете при закрытии, содержащиеся в подобных [контрактах] [соглашениях] между должником и другой стороной, могли быть со всей определенностью применены.

Возможные дополнительные рекомендации в отношении финансовых контрактов

(86) [Исключение из применения моратория: глава III.B.3]

(87) [Исключение из применения положений о расторжении сделок: глава III.D.6]

(88) [Исключение из применения права продолжать или отвергать исполнение контрактов: глава III.E.4]

---

[5] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости определить термин "финансовые контракты" и, если это будет сделано, рассмотреть соответствующее определение. Одним из возможных примеров является определение, включенное в статью 5 *k)* Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, где предусматривается следующее: «"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».

На двадцать шестой сессии Рабочей группы (май 2002 года) было высказано мнение о том, что данное определение является слишком широким и его следует конкретизировать для охвата только тех сделок, которые являются элементом более широкого рамочного контракта (A/CN.9/511, пункт 71). Никакой конкретной формулировки предложено не было.

[6] См. Часть вторую, главу III.D "Режим в отношении контрактов", рекомендация 53.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–F содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.C и D и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)	*Пункты*
IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ	
A. Должник	203–230
1. Введение	203
2. Продолжение функционирования предприятия должника	204–217
3. Права должника	218–220
4. Обязательства должника	221–229
5. Ответственность должника	230
Рекомендации	89–95
B. Управляющий в деле о несостоятельности	231–259
1. Введение	231–232
2. Квалификационные требования	233–238
3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности	239–241
4. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности	242–243
5. Конфиденциальность	244
6. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности	245–251
7. Обязанность проявлять осмотрительность [Ответственность]	252–254
8. Агенты управляющего в деле о несостоятельности	255–257
9. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности	258
10. Замена управляющего в деле о несостоятельности	259
Рекомендации	96–105

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций выделены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ

A. Должник

1. Введение

203. В законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы по вопросу о роли должника в ходе производства по делу о несостоятельности после его начала, причем, как правило, проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией. Если предполагается продолжить коммерческие операции (либо для целей продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, либо в рамках реорганизационного производства), возникает значительная необходимость в том, 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. Должник также обладает определенными правами по отношению к такому производству. В целях обеспечения эффективности проведения производства, а также для обеспечения определенности участвующим сторонам в законодательстве о несостоятельности желательно установить пределы прав и обязательств должника.

2. Продолжение функционирования предприятия-должника

a) Ликвидация

204. [152] После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по ее защите не только от действий кредиторов (см. Часть вторую, главу III.B), но и от действий

должника или его управляющих или владельцев[1]. По этой причине многие законы о несостоятельности лишают должника всех прав на контроль за активами, а также на управление и ведение 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 распоряжением ими, такие обязанности могут включать право возбуждать и вести юридические действия от имени конкурсной массы и право получать все платежи, осуществляемые должником. После открытия ликвидационного производства [153] любая сделка, связанная с активами конкурсной массы или передачей таких активов, на которую не дано разрешения управляющим в деле о несостоятельности, судом или кредиторами (в зависимости от конкретных требований), как правило, будет считаться недействительной (или подлежащей расторжению), а переданные активы (или их стоимость) будут подлежать возвращению в интересах конкурсной массы (см. Часть вторую, главу III.D.7, III.E.8).

205. [153] Для тех случаев, когда установлено, что наиболее эффективным средством ликвидации конкурсной массы является продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в некоторых законах предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен осуществлять надзор и обладать общим контролем за осуществлением коммерческих операций, а должнику разрешается продолжать выполнять свои обязанности и предоставлять консультативные услуги управляющему в деле о несостоятельности в целях повышения стоимости конкурсной 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. В зависимости от степени контроля, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности в отношении операций должника, на управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период, когда контроль за конкурсной массой осуществляет управляющий (см. Часть вторую, главу IV.B.7).

b) Реорганизация

206. [154] Применительно к реорганизационному производству не существует единого подхода по вопросу о том, в какой степени отстранение должника является наиболее целесообразным методом, а если такое отстранение в той или иной степени производится, – о возможном сохранении функций должника. 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. В некоторых случаях соответствующее решение может зависеть от того, было ли производство добровольно возбуждено должником или же его начали кредиторы, и во втором случае должник может не идти на сотрудничество или даже проявлять враждебное отношение.

i) Преимущества и недостатки сохранения функций должника

207. Сохранение функций должника связано с целым рядом потенциально возможных преимуществ. [154] Во многих случаях должник будет непосредственно и подробно осведомлен о своих коммерческих операциях и об отрасли, в рамках которой он действует. Такая информация имеет особое значение в случае индивидуальных предприятий и мелких товариществ, что может послужить основанием для сохранения функций должника по принятию краткосрочных управленческих решений в целях обеспечения преемственности в коммерческих операциях. Это также может оказать помощь управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций благодаря использованию более глубокой и полной информации относительно функционирования коммерческого предприятия должника. По аналогичным причинам положение должника часто дает ему хорошие возможности предложить реорганизационный план на утверждение кредиторов и суда. В подобных обстоятельствах, несмотря на роль должника в возникновении финансовых трудностей предприятия, полное его отстранение от выполнения всех функций может не только устранить стимулы для предпринимательской деятельности и готовности пойти на риск в целом, а также стимулы для должников начать процедуры реорганизации на раннем этапе, но также и снизить шансы на успешное проведение реорганизации.

208. [155] Желательность сохранения определенных функций за должником потребуется, вероятно, сбалансировать 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 за осуществлением его полномочий, то это может не только углубить недоверие, но и явиться дополнительным раздражителем для кредиторов. Система, которая будет сочтена уделяющей чрезмерно пристальное внимание вопросам защиты должника, может привести к незаинтересованности кредиторов в процедурах и нежеланию в них участвовать, что, в свою очередь, может затруднить осуществление контроля за деятельностью должника, если согласно законодательству о несостоятельности кредиторам отводится определенная роль в этом процессе. 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 несостоятельности, и в особенности с задачей максимизации сумм, возвращаемых кредиторам. Основная цель должника может, например, состоять в том, чтобы обеспечить сохранение контроля за предприятием, а не в максимизации 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 финансовых трудностей. Необходимо также учитывать еще один фактор, связанный

[1] Поскольку законодательство о несостоятельности будет применяться к различным коммерческим предприятиям, будь то физическим лицам, товариществам или компаниям в той или иной форме, вопрос о сохранении роли должника естественно связан с вопросами о роли администрации или владельцев предприятия-должника, в зависимости от обстоятельств. Для удобства пользования в Руководстве говорится только о "должнике", однако предполагается, что использование этого термина, если это уместно, охватывает также администрацию и владельцев.

с тем, было ли производство по делу о несостоятельности открыто в добровольном или принудительном порядке (в последнем случае должник может испытывать враждебность по отношению к кредиторам).

209. [примечание к пункту 161] В некоторых законах о несостоятельности применительно к функциям должника проводится разграничение между периодом с момента открытия производства до утверждения плана реорганизации, с одной стороны, и периодом после утверждения, с другой стороны. В отношении первого периода в законодательстве предусматриваются конкретные правила, касающиеся способности должника осуществлять на повседневной основе управление и контроль за предприятием, а также назначения независимого управляющего в деле о несостоятельности. Для периода после утверждения плана такие законы предусматривают прекращение действия пределов, применимых в отношении функции должника по контролю и управлению предприятием, и возложение на должника ответственности за осуществление утвержденного плана.

210. [156] 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 функций должника по контролю предприятия при минимальном надзоре, с другой стороны. Промежуточные подходы предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления определенных функций по надзору, а также сохранение существующей администрации.

ii) Возможные подходы – полное отстранение должника

211. [156] Первый подход основан на такой же процедуре, что и в случае ликвидации, т. е. на отстранении должника от всех функций по контролю над коммерческими операциями и назначении управляющего в деле о несостоятельности для выполнения функций должника по управлению предприятием. Тем не менее, как отмечалось выше, полное отстранение должника может привести к нарушению нормального хода коммерческих операций и иметь отрицательные последствия для функционирования предприятия в критический момент, когда речь идет о его выживании.

iii) Возможные подходы – надзор за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности

212. [157] 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 важные 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 некоторых законах о несостоятельности, например, указывается, что определенные сделки, например взятие новых долговых обязательств, передача или сдача в залог активов и предоставление прав на использование имущества, образующего конкурсную массу, могут осуществляться без согласия управляющего в деле о несостоятельности или суда, если они осуществляются в рамках обычных операций предприятия. Если же они осуществляются не в рамках обычных коммерческих операций, то требуется такое согласие. Дополнительным средством надзора за деятельностью должника и его сделками может быть контроль за движением наличности на предприятии должника. Если должник не соблюдает ограничений и заключает контракты, требующие согласия, без предварительного получения такого согласия, то в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о действительности таких сделок и предусмотреть надлежащие санкции. В одном законе о несостоятельности, например, предусматривается, что в таких обстоятельствах суд может полностью прекратить производство по делу о несостоятельности. Уместность такого средства правовой защиты может зависеть от того, было ли производство открыто в добровольном или принудительном порядке.

213. В законах о несостоятельности, в которых содержится перечень сделок, требующих согласия, устанавливается относительно четкое распределение ответственности между должником и управляющим в деле о несостоятельности или судом. В ряде таких законов предусматривается также, что управляющий в деле о несостоятельности может осуществлять более жесткий контроль за имущественной массой и повседневным управлением коммерческими операциями, если это необходимо для защиты имущественной массы в каждом конкретном случае. [158] Надлежащими обстоятельствами могут быть случаи, когда имеются доказательства в отношении недостаточной подотчетности должника или когда имеет место нарушение в области управления или неправомерное использование активов должником. При возникновении таких обстоятельств, возможно, желательно предусмотреть отстранение должника судом, по собственной инициативе либо по инициативе управляющего в деле о несостоятельности или, возможно, по инициативе кредиторов или комитета кредиторов.

214. [157] Определенную роль в наблюдении за деятельностью должника по управлению предприятием и обеспечении эффективного выполнения должником таких функций могут играть кредиторы. Когда кредиторам отводится подобная роль, возможно, необходимо предусмотреть определенные меры, которые позволят воспрепятствовать возможным злоупотреблениям со стороны кредиторов, пытающихся сорвать реорганизационное производство или получить необоснованные выгоды. 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.

215. Иным подходом к распределению полномочий между должником и управляющим в деле о несостоятельности является подход, применяемый в тех законах о несостоятельности, в которых не указываются конкретно сделки, которые должник может осуществлять, однако предусматривается право суда или управляющего в деле о несостоятельности определять, какие юридические действия может

предпринимать администрация, получив соответствующее согласие, и какие действия она не может предпринимать. Такой подход, хотя он и обеспечивает определенную степень гибкости, может побудить должников воздерживаться от открытия производства по делу о несостоятельности, поскольку последствия открытия производства для их администрации и контроля за коммерческими операциями будут неясными.

iv) Возможные подходы – полный контроль со стороны должника

216. [159] Еще один подход к решению вопроса о сохранении функций должника заключается в предоставлении должнику возможности сохранить полный контроль за функционированием предприятия, вследствие чего суд не будет назначать независимого управляющего после открытия производства (такой подход часто именуется "сохранение владения за должником"). Преимущества такого подхода могут состоять в повышении шансов успешной реорганизации, если на должника можно положиться в плане честного ведения коммерческих операций и способности заручиться доверием и сотрудничеством со стороны кредиторов. Могут, однако, существовать и недостатки, в том числе связанные с тем, что такая процедура может быть использована в ситуациях, когда она, по всей вероятности, не приведет к успешным результатам, т. е. в качестве попытки отсрочить неизбежное, в результате чего продолжится распыление активов, а также с возможностью того, что должник будет действовать безответственно или даже мошенническим образом в течение периода, когда за ним сохраняется контроль, что нанесет ущерб реорганизации и подорвет доверие кредиторов. Подобные трудности можно уменьшить, если будут приняты определенные защитные меры, например установление требования о том, чтобы должник на регулярной основе представлял суду отчеты о ходе производства, назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления надзора за должником, предоставление кредиторам существенных полномочий по надзору или контролю за должником или же создание определенного механизма, который позволит суду (либо по собственной инициативе, либо по просьбе кредиторов) заменять должника управляющим в деле о несостоятельности или же преобразовывать процедуры в ликвидационное производство. В то же время такой подход является весьма сложным и требует тщательной проработки не только потому, что его успешное применение зависит от наличия хорошо укоренившихся правил надлежащего управления и институционального потенциала, но также поскольку он затрагивает ряд других аспектов структурной организации режима несостоятельности (например, план реорганизации, осуществление полномочий по расторжению сделок, режим контрактов).

3. Права должника

217. [168] Для защиты прав должника, которые в ряде стран рассматриваются в качестве основополагающих, и для обеспечения справедливого и беспристрастного производства и, возможно, что имеет более важное значение, для содействия повышению доверия должника к процедурам несостоятельности желательно четко указать в законодательстве о несостоятельности 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 с учетом обязательств в соответствии с такими международными и региональными договорами, как Международный пакт о гражданских и политических правах (1976 год) и Европейская конвенция о правах человека (1950 год).

– Право быть заслушанным, право на доступ к информации и право на сохранение личного имущества

218. [168] По вышеуказанным причинам желательно предусмотреть право должника быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности и принимать общее участие в процессе принятия решений, который 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 за коммерческими операциями. Такой доступ к информации может иметь особое значение при реорганизации, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенную степень отстранения должника до утверждения плана, однако требует возложения ответственности за осуществление плана на должника. Доступ к информации должен быть также обеспечен в том случае, если должник не участвует в формулировании плана, с тем чтобы предоставить ему возможность высказать свое мнение по плану, прежде чем он будет представлен на утверждение. Как отмечалось выше в Части второй, глава III.A.3, если должник является физическим лицом, определенные активы 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 такого имущества.

219. [169] Тем не менее могут возникать ситуации, когда осуществление или соблюдение этого права сопряжено с формальностями и расходами, которые могут воспрепятствовать ходу производства, не принося при этом каких-либо выгод должнику. В том случае, например, если должник покинул пределы правовой системы, в которой проводится производство, и отказывается или не может ответить на любые разумные попытки управляющего в деле о несостоятельности или суда установить контакт, абсолютное требование о заслушивании может серьезно затруднить ход производства или же сделать его вообще невозможным. Хотя в законодательстве о несостоятельности, возможно, желательно предусмотреть, что должны быть предприняты все разумные усилия, с тем чтобы предоставить должнику возможность быть заслушанным, в законодательстве необходимо будет также обеспечить определенную гибкость, с тем чтобы избежать возникновения ситуации, когда использование этого права может неблагоприятно повлиять на ход производства.

4. Обязательства должника

220. Как уже отмечалось в отношении прав должника, желательно четко определить в законодательстве о несостоятельности обязательства должника применительно к производству по делу о несостоятельности, включая, насколько это возможно, содержание и условия таких обязательств и то, кому они причитаются. Эти обязательства необходимо будет согласовать с функциями должника в

рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства, особенно в отношении управления и контроля за 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

221. [167] В целях обеспечения возможностей для эффективного проведения производства по делу о несостоятельности в некоторых законах о несостоятельности на должника 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 осуществлять сотрудничество является предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности осуществлять эффективный контроль за имущественной массой в результате передачи активов, контроля над активами, а также коммерческой и учетной документации. Может быть также предусмотрено требование о том, что должник должен осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности при подготовке перечня кредиторов и их требований (см. Часть вторую, главу IV.B.4).

b) Предоставление информации

222. [162] 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 предприятий и вопроса о том, обладает ли администрация необходимой квалификацией 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 возможности для проведения такой оценки как при ликвидации, так и при реорганизации, но особенно 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; перечни клиентов; прогнозы в отношении прибылей и убытков; подробные данные о движении наличности; конъюнктурную информацию; данные о тенденциях развития отрасли; информацию, которая, как считается, касается причин текущего финансового положения должника; информацию о предшествующих сделках, которые могут быть расторгнуты на основании положений о расторжении сделок законодательства о несостоятельности; а также информацию, касающуюся неисполненных контрактов, сделок с участием лиц, с которыми поддерживаются отношения, и текущего судебного, арбитражного или административного производства, включая процедуру принудительного исполнения, которая возбуждена против должника или в которой должник принимает участие. Некоторые законы о несостоятельности содержат также требование о том, чтобы должник предоставлял информацию, касающуюся его кредиторов, и готовил, часто в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, перечень кредиторов, на основании которого может быть произведена проверка требований. Может быть также предусмотрено требование о том, чтобы должник периодически обновлял такой перечень по мере проверки, признания или отклонения требований.

223. [162] Хотя, возможно, нет необходимости включать в законодательство о несостоятельности исчерпывающее описание той информации, которая должна представляться должником, подобный подход может оказаться полезным для обеспечения руководящих положений относительно тех категорий информации, которая должна быть представлена. Поэтому в некоторых законах предусмотрены стандартные информационные бланки, в которых указана конкретная требующаяся информация. Эти бланки заполняются должником (причем предусматриваются надлежащие санкции за представление ложной или вводящей в заблуждение информации) или же определенным независимым лицом или администратором.

224. [163] Для того чтобы такую информацию можно было использовать для вышеуказанных целей, она должна быть актуальной, полной, точной и надежной и должна представляться в максимально сжатые сроки после открытия производства. Если должник в состоянии исполнить это обязательство, то это может способствовать повышению уверенности кредиторов в способности должника продолжать руководить предприятием.

225. [164] В тех случаях, когда должник не является физическим лицом, информация может быть представлена управляющему в деле о несостоятельности сотрудниками должника или другими сторонами, связанными с должником. Альтернативный подход может заключаться в том, чтобы обязать самого должника (если он является физическим лицом) или одного или нескольких директоров должника назначить своего представителя или присутствовать на главном совещании кредиторов и отвечать на заданные вопросы, за исключением тех случаев, когда это физически невозможно, поскольку директор не находится в том месте, в котором может быть проведено совещание кредиторов.

c) Конфиденциальность

226. [165] Соответствующая информация часто будет представлять собой конфиденциальные коммерческие данные (например, торговую тайну, перечень клиентов и поставщиков, информацию об исследованиях и разработках), и такая информация может либо принадлежать должнику, либо находиться под контролем должника, но принадлежать какой-либо третьей стороне. Поэтому в законодательство о несостоятельности желательно включить положения, предназначенные для защиты конфиденциальности информации в целях предупреждения злоупотребления такой информацией кредиторами или другими сторонами, которые могут ею воспользоваться. Обязательство соблюдать конфиденциальный характер информации может применяться не только в отношении должника, но также в отношении сторон, связанных с должником, управляющего в деле о несостоятельности, комитетов кредиторов и третьих сторон.

d) Вспомогательные обязательства

227. В некоторых законах о несостоятельности установлены дополнительные обязательства, которые являются вспомогательными обязательствами должника по отношению к обязательству сотрудничать и оказывать помощь. К их числу может относиться, например, обязательство (либо индивидуального должника, либо управляющих и директоров предприятия должника) не покидать обычное место жительства (без разрешения суда), представлять всю свою переписку управляющему в деле о несостоятельности или суду, а также другие ограничения, затрагивающие личные свободы. Такие ограничения могут иметь весьма важное значение для предупреждения попыток сорвать производство по делу о несостоятельности в результате применения широко распространенной практики, когда должники покидают местонахождение предприятия, а директора и управляющие уходят в отставку 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. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что такие обязательства подлежат автоматическому применению, в то время как в других законах предусматривается возможность их применения по решению суда, если это необходимо для управления имущественной массой. В некоторых законах проводится также разграничение между индивидуальными должниками и другими категориями должников; если должник является физическим лицом, ограничения подлежат применению только по приказу суда, однако если должником выступает корпорация, то некоторые ограничения могут применяться автоматически, например в случае раскрытия переписки.

e) Привлечение специалиста для оказания помощи должнику

228. [160] Для оказания помощи должнику в выполнении его обязанностей в рамках производства в целом законодательство некоторых стран разрешает должнику привлекать специалистов, например бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут потребоваться, 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

229. [166] Для случаев, когда должник не исполняет свои обязательства, в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какие меры надлежит принимать в случае такого неисполнения. Если, например, должник не представляет какую-либо информацию, то, возможно, потребуется предусмотреть 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. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть последствия действий, предпринятых в нарушение обязательств, и вопрос о том, следует ли считать такие действия недействительными.

5. Ответственность должника

230. [170] 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, действия и поведение владельцев и администрации коммерческого предприятия прежде всего регулируются правом и принципиальными подходами за пределами режима несостоятельности. Законодательство о несостоятельности не следует использовать для устранения недостатков в другой области правового регулирования или для контроля за соблюдением принципов надлежащего управления, хотя некоторые законы о несостоятельности могут предусматривать обязательства возбуждать производство по делу о несостоятельности на раннем этапе возникновения финансовых трудностей (см. Часть вторую, главу II.B). Если вследствие предпринятых в прошлом действий или поведения лиц, связанных с несостоятельным коммерческим предприятием, кредиторам этого предприятия причиняются убытки или ущерб (например, в результате мошенничества или безответственного поведения), в законодательстве о несостоятельности, в зависимости от режимов ответственности, применимых в случае мошенничества, с одной стороны, и небрежности, с другой стороны, целесообразно предусмотреть возможность возмещения соответствующими лицами убытков или ущерба.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся должника, заключаются в следующем:

a) установить права и обязательства [обязанности] должника [~~и лиц, связанных с должником,~~] в ходе ведения производства по делу о несостоятельности;

b) рассмотреть возможные средства правовой защиты на случай неисполнения должником его обязательств;

c) рассмотреть вопросы, касающиеся управления предприятием должника как при ликвидации, так и при реорганизации.

Содержание законодательных положений

Право быть заслушанным

(89) [(69)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что [как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве] должник имеет право быть заслушанным в ходе производства.

Право принимать участие и запрашивать информацию

(90) [(70)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что должник имеет право принимать участие в производстве по делу о несостоятельности, ~~особенно реорганизационном производстве~~, и запрашивать информацию у управляющего в деле о несостоятельности и у суда. Эти права имеют особое значение в контексте реорганизационного производства.

Право сохранять имущество в целях сохранения личных прав должника

(91) Если должник является физическим лицом, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что должник имеет право сохранять активы, исключенные из имущественной массы, на том основании, что они необходимы для сохранения личных прав должника[2].

Обязательства

(92) [(71)] Законодательство о несостоятельности должно четко оговаривать обязательства должника в отношении как ликвидационного, так и реорганизационного производства. Обязательства должника должны включать следующее:

a) сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций [и воздерживаться от поведения, которое может нанести ущерб производству];

b) представлять точную, надежную и полную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел, которая может быть разумно запрошена судом, управляющим в деле о несостоятельности или комитетом кредиторов, включая:

i) информацию о сделках, которые были заключены в течение подозрительного периода и в которых участвовал должник или были задействованы активы должника;

ii) информацию о текущем судебном, арбитражном или административном производстве, включая процедуру принудительного исполнения;

c) предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность взять на себя эффективный контроль над имущественной массой и передать управляющему в деле о несостоятельности активы или контроль над активами, независимо от того, находятся ли они в данной стране или за ее пределами[3], а также коммерческую документацию;

d) подготовить список кредиторов и их требований в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности и пересматривать и исправлять этот список по мере рассмотрения требований;

e) в случае должника, являющегося физическим лицом, не покидать обычное место жительства без разрешения суда.

Конфиденциальность

(93) [(72)] В тех случаях, когда информация, предоставляемая должником, представляет собой конфиденциальные коммерческие сведения, для защиты конфиденциальности должны применяться надлежащие положения, устанавливаемые в законодательстве о несостоятельности или в применимых нормах процессуального права. Обязательство о соблюдении конфиденциальности должно применяться в отношении информации, находящейся под контролем должника, независимо от того, принадлежит ли она должнику или какой-либо третьей стороне, включая торговые тайны.

Продолжение функционирования предприятия должника

(94) [(73)] Законодательство должно регулировать вопрос о роли должника при продолжении функционирования предприятия [как при реорганизации, так и при продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы в ходе ликвидации]. Для этого могут быть использованы различные подходы, включая следующие:

a) полное отстранение должника от выполнения любых функций в предприятии и назначение управляющего в деле о несостоятельности;

b) ограниченное отстранение, при котором должник может продолжать руководить предприятием на повседневной основе при условии надзора со стороны назначенного управляющего в деле о несостоятельности, и в этом случае в законодательстве о несостоятельности должно оговариваться разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности; или

c) сохранение полного контроля над предприятием (сохранение владения за должником) без назначения управляющего в деле о несостоятельности, но при обеспечении надлежащих гарантий, включая различные уровни контроля за действиями должника, и при возможности отстранения должника в оговоренных обстоятельствах[4].

Санкции за несоблюдение

(95) [(74)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать санкции за невыполнение должником, будь то физическим лицом или коммерческим предприятием, оговоренных обязательств, включая положение о том, что действия, предпринятые в нарушение обязательств, являются недействительными.

B. Управляющий в деле о несостоятельности

1. Введение

231. [171] В законах 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, администраторы, 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

[2] См. главу III.A "Затрагиваемые активы", рекомендация (29).

[3] См. главу VIII Типового закона о трансграничной несостоятельности и назначение иностранного управляющего в деле о несостоятельности.

[4] Следует отметить, что такой вариант требует наличия развитой структуры судебных органов и применения средств защиты, которые позволяют отстранить должника в оговоренных обстоятельствах. Более подробные разъяснения см. пункты 204–216 аналитического комментария.

некоторых правовых системах, корпорацией или другим самостоятельным юридическим лицом. Управляющий в деле о несостоятельности, независимо от того, назначается ли он кредиторами, судом, правительственным департаментом или ведомством, публичным или созданным в силу закона органом или же должником, играет центральную роль в обеспечении эффективного выполнения законодательства о несостоятельности, обладает определенными полномочиями в отношении должников и их активов и несет обязанность по защите активов и их стоимости, а также обеспечивает эффективное и беспристрастное применение закона. В некоторых правовых системах такое назначение по своему характеру рассматривается в качестве назначения, соответствующего или в значительной степени напоминающего доверенное лицо, которое исполняет свои полномочия в публичных интересах и выполняет определенные функции в интересах кредиторов и должника. 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 такие же полномочия и функции, как и управляющий в деле о несостоятельности, назначаемый после открытия производства, то он должен обладать такими же квалификационными данными, нести такую же ответственность и получать такое же вознаграждение, как и управляющий, назначаемый после открытия производства.

232. [172] В законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы по вопросу о взаимоотношениях между управляющим в деле о несостоятельности и судом и, в частности, по вопросу о разграничении их полномочий. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности будет, как правило, в наибольшей степени информирован о положении должника, он обычно 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, поскольку от суда, как правило, будет требоваться принятие решений по спорам, возникающим из ведения производства, и утверждение судом часто является необходимым на различных этапах производства. Даже в тех странах, где в делах о несостоятельности суды играют более ограниченную роль, в отношении объема полномочий, обычно предоставляемых управляющему в деле о несостоятельности, также существуют определенные ограничения. Полномочия управляющего в деле о несостоятельности могут также определяться исходя из того, какая роль отводится в соответствии с законодательством о несостоятельности кредиторам.

2. Квалификационные требования

233. [177] 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). Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение в качестве управляющего в деле о несостоятельности какого-либо публичного 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).

234. [177] Во многих странах управляющий в деле о несостоятельности должен являться физическим лицом, однако в ряде стран предусматривается, что для выполнения соответствующих функций может быть назначено также юридическое лицо при соблюдении определенных требований, например требования о том, что лица, которые будут выполнять соответствующую работу от имени данного юридического лица, будут обладать надлежащей квалификацией, а деятельность самого такого юридического лица подпадает под регулирование. С учетом сложности многих производств по делам о несостоятельности весьма желательно, чтобы управляющий был знаком с юридическими вопросами (не только в области законодательства о несостоятельности, но также в соответствующих отраслях коммерческого и торгового права) и обладал надлежащим опытом в коммерческих и финансовых делах. Если требуются дополнительные или более специальные знания в рамках какого-либо конкретного дела, то они могут быть обеспечены за счет привлечения экспертов на основе найма. В некоторых законах о несостоятельности содержится также требование о том, чтобы лицо, назначаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности по какому-либо конкретному делу, обладало опытом и квалификацией, необходимыми в таком деле.

235. [177] Помимо обладания надлежащими знаниями и опытом, возможно, желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обладал определенными личными качествами, такими как честность, беспристрастность и независимость от заинтересованных сторон. [180] Определенные прежние или текущие взаимоотношения с должником могут явиться причиной коллизии интересов. Прежнее владение должником, прежние деловые отношения с должником, отношения с кредитором должника, прежняя работа в качестве представителя должника и взаимосвязи с конкурентом должника могут явиться достаточным основанием в некоторых странах для того, чтобы воспрепятствовать назначению какого-либо лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности. В других странах такое лицо может быть, тем не менее, назначено при условии сообщения информации о коллизии интересов. С тем чтобы способствовать прозрачности, предсказуемости и добросовестности в системе несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности желательно указать уровень взаимоотношений, в результате которых может возникать коллизия интересов, и предусмотреть требование о том, что кандидат на должность управляющего в деле о несостоятельности обязан раскрывать обстоятельства, которые могут привести к такой коллизии интересов или утрате независимости. Право определять, существует ли в каком-либо конкретном деле коллизия интересов или основание для доказывания утраты независимости, как правило, предоставляется суду.

236. Квалификационные требования, предъявляемые 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 относительной степени надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности (и за ведением производства по делу о несостоятельности) со стороны суда. Эти требования мо-

гут также различаться в зависимости от используемой процедуры назначения (см. ниже).

237. [178] 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; требование в отношении определенного опыта (как правило, определенное количество лет) в соответствующих областях, например в области финансов, торговли, бухгалтерского учета или права, а также в проведении производства по делу о несостоятельности. 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. Некоторые из таких систем являются относительно сложными, и их подробное рассмотрение выходит за рамки настоящего Руководства.

238. [179] 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 достижения необходимого баланса могут быть функции суда, связанные с назначением и осуществлением надзора.

3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

239. [174] В законах о несостоятельности применяется целый ряд различных подходов по вопросу о выборе и назначении управляющего в деле о несостоятельности. В некоторых правовых системах законодательство о несостоятельности предусматривает, что по всем делам о несостоятельности или по некоторым категориям дел о несостоятельности автоматически назначается определенное конкретное публичное должностное лицо (именуемое различным образом, например официальным распорядителем, официальным управляющим конкурсной массы, официальным цессионарием и т. д.). Во многих правовых системах управляющий в деле о несостоятельности выбирается и назначается судом, который осуществляет также 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 системы ротации или же путем использования других методов, например по рекомендации кредиторов или должника. [176] Один из возможных недостатков системы списков, хотя она и обеспечивает справедливое и беспристрастное распределение дел, заключается в том, что она может не обеспечить назначение лица, обладающего наилучшей квалификацией для ведения данного конкретного дела. Это, несомненно, может зависеть от порядка составления списка и от квалификационных требований, предъявляемых к специалистам по делам о несостоятельности для включения в этот список. Такой недостаток не может рассматриваться в качестве существенного, когда имущественная масса не содержит каких-либо активов (см. Часть вторую, главу II.B.4 *f)*).

240. [174] В некоторых правовых системах 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. Такой подход применяется в целом ряде стран, его преимущества могут быть связаны с тем, что он позволяет независимому органу, ведающему назначениями, выбирать управляющего из числа специалистов, обладающих надлежащими 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, необходимой для выполнения требуемых функций; в противном случае потребуется создать надлежащий орган или учреждение.

241. [174] 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 по назначению и комитета кредиторов, могут способствовать устранению подозрений в предвзятости и сокращению потребностей в надзоре со стороны судов. В соответствии с другим подходом должник может назначать управляющего в деле о несостоятельности в тех случаях, когда реорганизационное производство открывается по инициативе должника. Такой подход предусматривает возможность проведения обсуждений между должником и другими сторонами, например обеспеченными кредиторами, до открытия производства для ознакомления будущего управляющего с делами предприятия, а также позволять должнику выбрать управляющего в деле о несостоятельности, который, по его мнению, может наилучшим образом провести реорганизацию. Тем не менее в данном случае могут быть выражены сомнения в отношении независимости управляющего в деле о несостоятельности. Такую проблему можно решить, предоставив кредиторам право в соответствующих обстоятельствах заменять управляющего в деле о несостоятельности, назначенного должником.

4. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

242. [173] В законах о несостоятельности часто оговариваются функции, которые будет выполнять управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства, и в законодательстве о несостоятельности важно предусмотреть соответствующие полномочия управляющего в деле о

несостоятельности, необходимые для выполнения этих функций. Хотя некоторые из упомянутых ниже обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности, возможно, имеют большее отношение к ликвидации, чем к реорганизации, они, как правило, могут включать следующее:

i) незамедлительное взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу[5], и коммерческой документации должника;

ii) выполнение функций представителя имущественной массы;

iii) общее управление имущественной массой;

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 предупреждение 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, которые могут потребоваться для оказания помощи управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций, и выплата им вознаграждений;

viii) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода), в том числе опрос 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 исполнения;

x) решение вопросов, касающихся работников, а также их прав и пособий, включая пенсионные права;

xi) при ликвидации – продажа активов, образующих имущественную массу;

xii) проверка и признание требований;

xiii) периодическое представление суду и кредиторам подробной информации относительно хода производства. Такая информация должна включать, например, подробные данные об активах, проданных за соответствующий период, полученных ценах, расходах на продажу и такую другую информацию, которая может быть затребована судом или разумно запрошена комитетом кредиторов; поступлениях и выплатах; активах, остающихся в управлении; а также о подготовке плана реорганизации;

xiv) участие в совещаниях кредиторов;

xv) управление коммерческими операциями в ходе реорганизации и ликвидации, если предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

xvi) при реорганизации – подготовка плана реорганизации или доклада по вопросу о том, почему реорганизация не представляется возможной (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);

xvii) осуществление надзора за утверждением плана реорганизации и, если требуется, осуществление такого плана;

xviii) ликвидация конкурсной массы оперативным и эффективным образом и в соответствии с наилучшими интересами различных сторон, заинтересованных в деле;

xix) представление суду или кредиторам, в зависимости от конкретных обстоятельств, окончательного доклада и финансового отчета об управлении имущественной массой;

xx) любые другие вопросы, которые могут быть переданы на рассмотрение управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или определены судом.

243. Помимо таких конкретных обязанностей и функций законы о несостоятельности часто возлагают на управляющего в деле о несостоятельности определенные общие обязательства. Такие обязательства могут включать обязательство содействовать максимизации стоимости и обеспечивать безопасность имущественной массы, обязанность добиваться наилучшей разумно возможной цены при продаже активов, образующих имущественную массу; а также [*другие?*].

5. Конфиденциальность

244. На необходимость возложить на должника обязательство соблюдать конфиденциальность уже указывалось выше. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо также предусмотреть обязанность управляющего в деле о несостоятельности соблюдать конфиденциальность, поскольку значительная часть информации, которая будет получена в отношении состояния дел должника, будет иметь существенную коммерческую ценность (например, торговые тайны, информация об исследованиях и разработках, а также информация о клиентах) и не подлежит разглашению третьим сторонам, которые смогут получить в результате использования такой информации несправедливые преимущества. Соблюдение конфиденциальности может иметь особое значение, если управляющий в деле о несостоятельности обладает полномочиями принуждать к раскрытию информации и документов в ходе опроса должника. Некоторая такая информация, возможно, поступила 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 возникать также в связи с предоставлением и получением информации в контексте уголовного производства против должника. Аналогичное обязательство соблюдать конфиденциальность должно

[5] Определение формулировки "имущественная масса", используемой в Руководстве, см. Часть вторую, главу III, и глоссарий, содержащийся в Части первой.

возлагаться на агентов управляющего в деле о несостоятельности (см. ниже) и на другие стороны, которые могут быть определены по решению суда.

6. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности

a) Определение размеров вознаграждения

245. 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. Такое вознаграждение должно соответствовать квалификации управляющего в деле о несостоятельности и масштабам задач, которые он обязан выполнять, а также обеспечивать баланс между риском и вознаграждением, с тем чтобы способствовать привлечению специалистов, обладающих надлежащей квалификацией. Для расчета вознаграждения используется целый ряд методов. Вознаграждение может быть установлено на основе соответствующей шкалы гонораров, разработанной правительственным учреждением или профессиональной ассоциацией; определяться общим органом кредиторов, судом или каким-либо другим 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, вполне вероятно, будут работать на администрацию в деле о несостоятельности – от конторских служащих до основных руководителей) надлежащим образом затратил на управление имущественной массой; или же оно может устанавливаться 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 окончательно определена). Вознаграждение может устанавливаться в виде фиксированного процента и предусматривать возможность увеличения или сокращения в зависимости от обстоятельств конкретного дела.

i) Системы, основанные на затратах времени

246. Преимущество метода, основанного на затратах времени, заключается в том, что довольно часто на начальных этапах существует довольно высокая степень неопределенности относительно того, насколько сложным и ресурсоемким окажется конкретная работа по управлению имущественной массой, по меньшей мере до проведения определенной предварительной работы. Недостаток данного метода состоит в том, что, хотя он, возможно, и будет способствовать применению весьма тщательных подходов, 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 имущественной массы.

ii) Системы, основанные на комиссионных выплатах

247. Преимущество системы, основанной на комиссионных выплатах, по крайней мере с точки зрения кредиторов, заключается в том, что определенная или даже значительная часть возвращенных активов будет распределена среди таких кредиторов. В то же время с точки зрения управляющего в деле о несостоятельности такая система может не обеспечивать надлежащего метода калькуляции вознаграждения, поскольку объем работы, связанной с управлением имущественной массой, отнюдь не обязательно будет пропорционален стоимости активов, имеющихся 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 для представления суду и кредиторам информации об обязательствах и оказания помощи регулирующим органам при проведении расследований дел должника и возможных случаев неправомерного поведения.

iii) Участие кредиторов

248. В некоторых странах общему органу кредиторов (или комитету кредиторов от его имени) 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 требования в отношении эффективности их исполнения, а также стоимость и характер активов, образующих имущественную массу. Участие кредиторов позволяет решить некоторые из проблем, которые рассматривались выше, поскольку кредиторы будут лучше осведомлены по соответствующим вопросам и будут иметь возможность участвовать в процессе установления и утверждения 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.

249. В законодательстве о несостоятельности весьма желательно предусмотреть такой механизм установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, который будет достаточно ясным и прозрачным для избежания споров и обеспечения необходимой определенности в отношении издержек производства по делу о несостоятельности. Независимо от метода калькуляции, желательно также признать в законодательстве о несостоятельности приоритетность выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности.

b) Средства платежа

250. Выплата вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности часто является причиной жалоб со стороны необеспеченных кредиторов, поскольку основным источником имеющихся средств часто являются необеспеченные активы, в результате чего не остается каких-либо средств для распределения среди таких кредиторов. Хотя, по-видимому, не следует делать вывод о том, что расходы на управление оказались чрезмерно высокими, поскольку они превысили стоимость имеющихся необеспеченных активов, которые используются для покрытия таких расходов, случаи, когда необеспеченные кредиторы становятся свидетелями того, что бòльшая часть или даже все имеющиеся активы используются для покрытия расходов на управление, а также мнение о несправедливости процедур, когда общий объем расходов на управление оказывается весьма значительным по сравнению со стоимостью возвращенных активов, свидетельствуют о необходимости тщательного рассмотрения этого вопроса. В отношении выплаты вознаграждения управляющему в деле о несо-

стоятельности могут применяться различные подходы. Так, например, если имущественная масса включает необеспеченные активы, вознаграждение может выплачиваться за счет таких активов; с суммы активов может взиматься определенный сбор для оплаты расходов на управление или продажу таких активов, если управление оказалось выгодным для кредиторов; сборы могут также взиматься с кредиторов при представлении вынужденных заявок для покрытия по меньшей мере первоначальных расходов и выполнения основных функций (см. Часть вторую, главу II.B.5).

c) Пересмотр вознаграждения

251. 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 же вследствие неудовлетворенности кредиторов. Если размеры вознаграждения устанавливаются совещанием кредиторов, суд, как правило, будет обладать полномочиями пересматривать установленную сумму по заявлению управляющего в деле о несостоятельности или определенной доли или 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 изначально судом, то управляющий в деле о несостоятельности может иметь или же не иметь права оспаривать такое решение; некоторые законы о несостоятельности предусматривают, что должник не имеет права подавать заявление о пересмотре вознаграждения. 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 могут обладать полномочиями в отношении пересмотра гонораров, получаемых их членами, а также могут предусматривать определенные неофициальные механизмы для урегулирования споров.

7. Обязанность проявлять осмотрительность [Ответственность]

252. [181] Важное 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, разумности и квалификации, которые требуются для выполнения управляющим в деле о несостоятельности его обязанностей и функций, необходимо разработать определенный стандарт, который будет учитывать все трудные обстоятельства, в которых оказывается управляющий в деле о несостоятельности при выполнении своих обязанностей, а также обеспечить сбалансированность такого стандарта по отношению к надлежащему уровню вознаграждения и желательности привлечения квалифицированных специалистов для выполнения таких функций. Довольно часто управляющий в деле о несостоятельности может нести ответственность за применение законов, не относящихся к вопросам несостоятельности.

253. [182] Для установления таких оценочных критериев в законодательстве о несостоятельности могут быть применены различные подходы, хотя принятый критерий будет зависеть от порядка назначения управляющего в деле о несостоятельности и от характера назначения (например, частный специалист в отличие от государственного служащего). 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 подлежит применению в отношении должника при ведении его обычной коммерческой деятельности в условиях платежеспособности, т. е. стандарта заботливого лица, занимающего соответствующее положение. В то же время в некоторых странах в подобных случаях может требоваться более высокий стандарт заботливости, поскольку управляющий в деле о несостоятельности имеет дело не с собственными активами, а с активами, принадлежащими другому лицу. Другое решение может основываться на том ожидании, что управляющий в деле о несостоятельности будет действовать добросовестно в надлежащих целях. Еще один подход может основываться на стандарте осмотрительности, применимом при установлении факта небрежности. При решении вопроса о применимом стандарте желательно обеспечить сбалансированность между таким стандартом, который позволит обеспечить компетентное выполнение функций 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. Если управляющий в деле о несостоятельности является членом какой-либо профессиональной организации, может быть использован профессиональный стандарт такой организации.

254. [183] Один из способов урегулирования вопроса об ответственности за ущерб может состоять в принятии требования о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен представить гарантию в отношении покрытия ущерба активам, образующим имущественную массу, или страховое покрытие в отношении компенсации возможного ущерба в результате нарушения своих обязанностей. В ряде законов о несостоятельности требуется представление гарантий и страхового покрытия, в то время как в других требуется только страховое покрытие. В некоторых случаях объем требуемой гарантии определяется исходя из балансовой стоимости активов, а в других случаях требуемый объем гарантии и сумма страхового покрытия устанавливаются в правилах соответствующей профессиональной ассоциации или регулирующего органа. Тем не менее такие решения могут предусматриваться не во всех странах. При урегулировании этого вопроса желательно попытаться добиться сбалансированности между мерами по сдерживанию стоимости соответствующих услуг и распределением рисков процедур несостоятельности среди участников, вместо того чтобы полностью перекладывать такое бремя на управляющего в деле о несостоятельности на основе возможности страхования личной ответственности.

8. Агенты управляющего в деле о несостоятельности

255. [185] Согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран управляющему в деле о несостоятельности для привлечения услуг бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут быть необходимы для оказания ему помощи в осуществлении его обязанностей, требуется разрешение суда. Согласно другим законам разрешение суда не требуется. В законода-

тельстве о несостоятельности желательно установить определенные критерии в отношении найма таких специалистов с точки зрения их опыта, знаний и репутации, а также необходимости того, чтобы их услуги отвечали интересам имущественной массы. Что касается вознаграждения этих специалистов, то согласно ряду законов требуется, чтобы оно было утверждено судом по соответствующему ходатайству, в то время как согласно другому подходу может требоваться согласие органа кредиторов. Оплата услуг специалистов может производиться на периодической основе в ходе производства или же она может задерживаться до его завершения. Требования, касающиеся раскрытия информации о коллизии интересов, применимые в отношении управляющего в деле о несостоятельности, могут быть также применимы в отношении специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности. Применимыми являются также обязательства соблюдать конфиденциальность.

256. [184] Для тех случаев, когда в результате действий агентов и представителей управляющего в деле о несостоятельности имущественной массе причиняются убытки, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности за такие действия. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий не несет личной ответственности, за исключением случаев, когда он не осуществляет должного надзора в ходе выполнения своих обязанностей.

257. По вопросу об оплате услуг специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности, могут применяться различные подходы. В соответствии с некоторыми законами о несостоятельности управляющий в деле о несостоятельности оплачивает услуги специалистов, а затем получает возмещение за счет имущественной массы. В соответствии с другими законами такие специалисты представляют требования в отношении имущественной массы в административном порядке.

9. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности

258. [186] Согласно некоторым законам о несостоятельности разрешается отстранять управляющего в деле о несостоятельности при определенных обстоятельствах, к которым могут относиться случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности нарушил или не исполнил свои юридические обязанности согласно законодательству о несостоятельности, когда он продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность, когда он не сообщил о коллизии интересов, когда он допустил противоправное поведение или же по менее серьезным причинам, например когда производство требует особой или иной компетенции, которой назначенный управляющий не обладает. Согласно другим подходам предусматривается, что такое отстранение может быть осуществлено на основе решения суда, действующего по своей собственной инициативе или по ходатайству какой-либо заинтересованной стороны, или на основе решения, принятого требуемым большинством голосов необеспеченных кредиторов. В тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности действует под надзором профессионального или регулирующего органа, он может быть отстранен в результате проведения расследования или анализа его деятельности, что может повлечь за собой также отзыв лицензии или другого разрешения.

10. Замена управляющего в деле о несостоятельности

259. [186] 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 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 тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможность отстранения управляющего в деле о несостоятельности, возможно, необходимо урегулировать вопросы, связанные с его заменой и преемством в том, что касается правового титула или контроля (в зависимости от того, что уместно) в отношении активов, образующих имущественную массу (см. Часть вторую, главу III.A), а также с передачей преемнику отчетности, документации и другой информации, касающейся должника. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет 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 на должность управляющего в деле о несостоятельности;

b) установить механизм для назначения управляющих в делах о несостоятельности;

c) определить полномочия и функции управляющего в деле о несостоятельности;

d) предусмотреть вознаграждение, ответственность, отстранение и замену управляющих в деле о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Квалификационные требования

(96) [(75)] В законодательстве о несостоятельности могут оговариваться квалификационные требования и личные качества, необходимые для назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности. К числу соответствующих критериев могут относиться следующие: управляющий в деле о несостоятельности должен быть независимым и беспристрастным лицом, обладать требуемыми знаниями в соответствующей области коммерческого права и опытом в коммерческих и предпринимательских вопросах.

Назначение

(97) [(76)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм назначения управляющего в деле о несостоятельности после открытия производства. Для этого могут использоваться различные подходы,

включая назначение судом или независимым органом по назначению; назначение на основе рекомендации кредиторов или комитета кредиторов; назначение должником, или назначение в силу закона, когда управляющим в деле о несостоятельности является правительственное или административное ведомство или должностное лицо.

(98) Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение управляющего в деле о несостоятельности для управления имущественной массой, лишенной активов, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать определенный механизм назначения и вознаграждения такого управляющего. Этот механизм может предусматривать назначение правительственного должностного лица или назначение на основе ссылки на систему реестра, а также вознаграждение со стороны государства или [...].

Коллизия интересов

(99) [(77)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать требование о том, чтобы лицо, предлагаемое для назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности, раскрывало информацию об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или утрате независимости [от других интересов]. Законодательство о несостоятельности должно также содержать требование о том, что лица, привлекаемые управляющим в деле о несостоятельности, обязаны раскрывать информацию об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или утрате независимости [от других интересов].

~~Полномочия~~ Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

(100) [(78)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать общее обязательство управляющего в деле о несостоятельности содействовать максимизации стоимости и обеспечению безопасности имущественной массы в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности должно ясно оговаривать конкретные ~~полномочия~~ обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности, включая следующие:

a) взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу, и коммерческой документации должника, включая документацию, находящуюся во владении третьих сторон;

b) общее управление имущественной массой;

c) контроль над обобщением, продажей и распределением активов;

d) получение информации относительно должника, его активов, обязательств, ранее совершенных сделок (особенно сделок, совершенных в течение подозрительных периодов), включая проведение опроса должника (либо под присягой, либо в рамках эквивалентной процедуры);

e) обеспечение соблюдения должником его обязательств;

f) оказание помощи должнику в подготовке списка кредиторов и их требований и обеспечение пересмотра и изменения этого списка по мере признания требований;

g) осуществление полномочий по расторжению сделок;

h) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках текущего судебного, арбитражного или административного разбирательства и разбирательства, на которое распространяется мораторий и приостановление;

i) проверка и признание требований;

j) управление предприятием при реорганизации и при ликвидации, когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

k) предоставление кредиторам и судам на регулярной основе информации и отчетов о ходе производства;

l) назначение специалистов для оказания помощи управляющему в деле о несостоятельности и выплата им вознаграждения;

m) при реорганизации – подготовка (или оказание содействия в подготовке) плана реорганизации или доклада по вопросу о том, почему реорганизация не представляется возможной (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);

n) другие вопросы, которые могут быть определены судом или переданы управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или комитетом кредиторов.

Ответственность

(101) [(79)] В законодательстве о несостоятельности должны быть рассмотрены последствия невыполнения или выполнения управляющим в деле о несостоятельности его обязанностей ~~полномочий~~ и функций [как это предусмотрено в рекомендациях 99 и 100], включая возможную личную ответственность за такое невыполнение или выполнение[6]. Вопросы, касающиеся ответственности управляющего в деле о несостоятельности, могут предусматривать также применение другого законодательства, помимо законодательства о несостоятельности.

Отстранение и замена

(102) [(80)] В законодательстве о несостоятельности должны быть оговорены основания для отстранения управляющего в деле о несостоятельности и процедура такого отстранения. Такие основания могут включать следующее:

a) некомпетентность, небрежность, невыполнение обязанностей или непроявление должной степени осмотрительности при выполнении полномочий и функций;

b) отсутствие особой или специальной компетенции, требуемой по конкретному делу;

c) совершение незаконных деяний или противоправное поведение; или

d) коллизии интересов или продемонстрированное отсутствие независимости, возникающие в обстоятельствах, оправдывающих отстранение.

---

[6] На двадцать шестой сессии Рабочей группы (май 2002 года) была выражена определенная поддержка более подробному изложению условий, касающихся ответственности, возникающей в связи с функциями, которые предусмотрены в рекомендациях 99 и 100. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса и высказать конкретные предложения о том, какие элементы должны быть включены в рекомендацию 101.

(103) [(81)] Процедура отстранения управляющего в деле о несостоятельности должна соответствовать способу назначения управляющего в деле о несостоятельности, однако может предусматривать отстранение судом по ходатайству кредиторов или комитета кредиторов, отстранения судом по его собственной инициативе, отстранение кредиторами, когда управляющий в деле о несостоятельности был назначен кредиторами и […].

(104) [(82)] Для случаев смерти, отставки, неспособности выполнять свои обязанности или отстранения управляющего в деле о несостоятельности в законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться назначение преемника.

Вознаграждение

(105) [(83)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности, оговаривать механизм расчета такого вознаграждения и устанавливать приоритетный порядок выплаты такого вознаграждения.

~~*Судебное обжалование*~~

~~(84) [Общее положение относительно обжалования решений, принятых управляющим в деле о несостоятельности, например в отношении режима контрактов, действий по расторжению сделок, признании требований и т. д.: см сноску 14.~~]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–F содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.A–B содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10; главы V–VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)	*Пункты*
IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ	260–303
C. Кредиторы	260–295
1. Категории кредиторов	260–262
2. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	263–295
Рекомендации	(106)(120)
D. Институциональные основы	296–303

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в […] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ

C. Кредиторы

1. Категории кредиторов

260. [213] Интересы в рамках производства по делу о несостоятельности могут быть самыми разнообразными и конкурирующими. 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 часто принимают участие в производстве по делам о несостоятельности) и заявители требований из деликта (случаи участия которых в целом встречаются менее часто). Соответственно [214] права этих кредиторов будут регулироваться рядом различных законов.

261. [214] Хотя положение многих кредиторов может быть сходным в том, что касается имеющихся у них требований на основе сходных юридических или договорных прав, другие кредиторы могут обладать приоритетными требованиями или правами. Даже в рамках одного и того же класса кредиторов могут возникать коллизии прав, например в случае обеспеченных кредиторов, обладающих предпочтительными по сравнению с другими кредиторами обеспечительными правами. По этим причинам в законодательстве о несостоятельности очередность кредиторов, как правило, устанавливается со ссылкой на их требования, и такой подход не противоречит цели равного режима. При определении соответствующих категорий желательно обеспечить сбалансированность между юридическими и коммерческими правами кредиторов на основе справедливости и коммерческой разумности их соответствующих позиций и в то же время обеспечить соблюдение цели равного режима при защите законных коммерческих ожиданий и содействии предсказуемости в коммерческих отношениях. В то же время степень, в которой все такие цели могут быть достигнуты, не является абсолютной с

учетом желательности обеспечения в законодательстве о несостоятельности сбалансированности между этими порой вступающими в коллизию друг с другом задачами и другими соображениями публичного порядка. В той степени, в которой эти более широкие публичные интересы вступают в коллизию с частными интересами, может нарушаться действие обычных коммерческих стимулов. Для тех случаев, когда таким публичным интересам отдается приоритет и равенство режима на основе классификации требований не соблюдается, желательно, чтобы принципиальные соображения в пользу установления такой первоочередности были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности. В отсутствие равенства режима такой подход будет по меньшей мере обеспечивать определенную прозрачность и предсказуемость применительно к требованиям (см. Часть вторую, главу VI.A) и вопросам распределения (см. Часть вторую, главу VI.C).

262. [216] Кредиторы неплатежеспособного должника обычно подразделяются на категории обеспеченных кредиторов, привилегированных или приоритетных кредиторов и необеспеченных или обычных кредиторов. В некоторых законах о несостоятельности в отдельную группу, обладающую особым интересом, выделяются работники должника.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включать в руководство информацию о различных категориях кредиторов и их интересах. Например, будет ли польза от того, если в данной части руководства в краткой форме изложить, каким образом производство по делу о несостоятельности может затронуть обеспеченных кредиторов? Обсуждение вопроса об определении статуса требований приводится в главе VI.C.]

2. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

a) Введение

263. [192] После открытия производства по делу о несостоятельности кредиторы приобретают значительный интерес в предприятии должника. В целом можно говорить о том, что интересы кредиторов защищаются назначением управляющего в деле о несостоятельности. Кроме того, во многих законах о несостоятельности предусматривается прямое привлечение кредиторов к производству с помощью самых разных средств и по ряду самых разных причин. В качестве стороны, первоочередным образом экономически заинтересованной в результатах процедур, 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 не обладающих самостоятельностью в зависимости от того, каким образом назначается управляющий. Положение кредиторов зачастую дает им хорошие возможности для предоставления консультаций или оказания помощи в том, что касается коммерческого предприятия должника, и для контроля за действиями управляющего в деле о несостоятельности, что дает возможность производить проверку в связи с возможными злоупотреблениями процедурой несостоятельности и чрезмерными административными расходами.

b) Степень участия кредиторов в процессе принятия решений

264. [194] Степень участия кредиторов в процессе принятия решений 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 низкий уровень участия, отражен в тех положениях законодательства о несостоятельности, в которых предусматривается, что все ключевые решения по неспорным общим вопросам управления принимает управляющий в деле о несостоятельности, а кредиторы играют при этом лишь незначительную роль и почти не пользуются никаким влиянием. Незначительное участие кредиторов в такой модели можно уравновесить ключевыми обязательствами управляющего в деле о несостоятельности, одно из которых заключается в защите стоимости и в сохранности имущественной массы, что в конечном итоге отвечает интересам кредиторов в целом. Такой подход может быть эффективным в тех случаях, когда для участия в производстве назначается опытный управляющий в деле о несостоятельности, поскольку это позволяет избегать возможных задержек и затрат, связанных с обеспечением участия кредиторов, и когда система несостоятельности предусматривает высокую степень регулирования как самого производства, так и деятельности его участников.

265. [195] В соответствии с другими подходами кредиторам предоставляются более широкие возможности для участия в производстве. Такое участие может разниться от участия в первом совещании, где обсуждаются определенные вопросы, до исполнения постоянной роли, которая может требовать от кредиторов только выполнения консультативной функции или утверждения некоторых действий и решений управляющего в деле о несостоятельности. К ним могут относиться продажа важных активов, проверка требований и утверждение окончательного доклада и отчета управляющего в деле о несостоятельности, или они могут даже нести главную ответственность за некоторые административные функции. Кредиторам может также быть предоставлена возможность добиваться смещения или замены управляющего в деле о несостоятельности судом за невыполнение своих функций и обязанностей или 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 реорганизации в ликвидацию и о возбуждении действий по расторжению сделок от имени имущественной массы, в том числе кредиторами. С точки зрения издержек кредиторы могут также наделяться определенными функциями по контролю за административными расходами и за размером вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности.

266. [196] В некоторых законах о несостоятельности при установлении степени участия кредиторов проводится различие 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 давать ценные консультации или служить ценным источником информации относительно 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 решают, будет ли поддержан и будет ли успешно реализован план реорганизации.

267. Что касается механизмов участия, то законодательство о несостоятельности некоторых стран допускает участие кредиторов в качестве общего органа кредиторов. В законодательстве других стран предусматривается создание комитета (в котором кредиторы иногда могут быть представлены вместе с акционерами и, возможно, другими заинтересованными сторонами) для того, чтобы способствовать участию в управлении имущественной массой. Кредиторов в комитете, как правило, будет меньше (в законах некоторых стран их количество оговаривается). Еще один подход заключается в том, чтобы предусматривать назначение одного лица, представляющего определенные группы кредиторов (например, группы, в руках которых находится по меньшей мере десять процентов задолженности). В законодательстве одной из стран приводится обоснование такого подхода, которое заключается в том, чтобы способствовать более упорядоченному и своевременному участию и избегать задержек и споров, которые возникали ранее.

268. [198] Важный вопрос, который, возможно, потребуется рассмотреть, в случае если законодательство о несостоятельности будет разрешать кредиторам принимать активное участие в производстве, заключается в том, как преодолеть апатичное отношение кредиторов к процедурам и стимулировать их участие в этих процедурах. Кредиторы нередко придерживаются мнения, что даже в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает их активное участие, такое участие не принесет им никакой отдачи, особенно в тех случаях, когда отдача кредиторам вряд ли будет существенной и когда их участие может фактически потребовать дальнейшего расходования времени и денежных средств. Эту общую обеспокоенность можно в какой-то степени устранить, если в законодательстве о несостоятельности добиться общей сбалансированности различных интересов сторон, участвующих в производстве (см. например, Часть вторую, главу IV.A.2), и если 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).

c) Общий орган кредиторов [собрание кредиторов]

269. Для случаев, когда требуется созвать общий орган кредиторов или когда ему разрешается принимать участие в производстве по делу о несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности следует четко установить полномочия и функции этого органа и общий порядок созыва совещаний кредиторов. В законодательстве о несостоятельности желательно также определить, в какой степени обеспеченные кредиторы могут или должны участвовать в совещаниях общего органа кредиторов; например, законодательство о несостоятельности некоторых стран требует от кредиторов передать свое обеспечение до того, как они смогут принимать участие в производстве по делу и голосовать в качестве членов органа кредиторов.

i) Функции

270. Как отмечалось выше, согласно законодательству о несостоятельности разных стран кредиторы могут выполнять самые разные функции. В некоторых случаях они выполняют общую консультативную функцию, и управляющий в деле о несостоятельности может передавать кредиторам определенные 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. Согласно другим функциям кредиторы должны осуществлять надзор за действиями и решениями управляющего в деле о несостоятельности. Ряд вопросов, в решении которых могут быть заинтересованы кредиторы, могут включать в себя некоторые или все из нижеперечисленных аспектов: продолжение коммерческой деятельности при ликвидации; финансирование после открытия производства по делу; проверка требований; вознаграждение специалистам, включая управляющего в деле о несостоятельности; 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) окончательного доклада и отчета управляющего в деле о несостоятельности.

271. 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 может 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 совещания кредиторов. Аналогичная цель ставится в случае предъявления к кредиторам требования консультироваться по всем решениям, которые требуют одобрения суда.

272. Какие бы функции ни выполняли кредиторы, в законодательстве, желательно четко указать, должен ли общий орган кредиторов исполнять каждую из его оговоренных функций или же некоторые функции могут выполняться по его усмотрению, и предусмотреть, каким образом кредиторы должны взаимодействовать с управляющим в деле о несостоятельности при выполнении этих функций.

ii) Совещания кредиторов

273. Законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает выполнение кредиторами своих функций через общие совещания кредиторов (в отличие от заседаний комитета, который может быть назначен для выполнения функций от имени общего органа). Как отмечалось выше (см. Часть вторую, главу II.B), в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть тре-

бование об уведомлении кредиторов (путем личного 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 о числе поставленных вопросов, включая подробные сведения относительно первого совещания кредиторов, созываемого судом или управляющим в деле о несостоятельности в предписанный срок после открытия производства (отведенные сроки составляют от пяти дней до одного месяца с даты открытия производства).

274. Законодательство о несостоятельности предусматривает различные подходы к последующим совещаниям общего органа кредиторов. Согласно законодательству о несостоятельности ряда стран первое совещание является единственным собранием кредиторов, которое будет созвано. Согласно законодательству о несостоятельности других стран суд или управляющий в деле о несостоятельности может созывать дополнительные совещания для конкретных целей, тогда как законодательство еще ряда стран предусматривает созыв совещаний, если это требуется по специальному поводу кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности и, в некотором ограниченном числе случаев, должником. Если законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам созывать совещание, то оно может устанавливать определенные ограничения относительно сроков созыва совещания или условия, которые необходимо выполнить до его созыва. Эти условия могут включать истечение установленного периода времени после того, как был предпринят определенный шаг в производстве, или по завершении определенных действий или выполнения решений управляющего в деле о несостоятельности, или же в том случае, когда управляющий в деле о несостоятельности бездействует. Законодательство некоторых стран также предусматривает, что правом созывать совещание обладают только те кредиторы, у которых есть конкретная доля всего объема требований (например, десять процентов кредиторов по стоимости, кредиторы, которые обладают не менее чем 25 процентами общего объема требований или по меньшей мере 25 процентами необеспеченных требований). Согласно другому подходу любой заинтересованной стороне дается право обращаться в суд с ходатайством созвать совещание кредиторов.

275. Желательно, чтобы все кредиторы обладали правом быть заслушанными по вопросам, которые предстоит обсудить на совещании кредиторов. Для тех случаев, когда требуется голосование общего органа кредиторов, желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности соответствующие требования к голосованию и механизмы голосования. Возможно, было бы также целесообразным предусмотреть в законодательстве о несостоятельности, чтобы кредиторы установили правила, регулирующие проведение совещаний кредиторов, когда это может способствовать участию кредиторов и когда это будет соответствовать той роли, которую кредиторы призваны играть в ходе производства.

d) Комитет кредиторов

276. [193] В производстве по некоторым делам о несостоятельности создание комитета кредиторов или выборы представителя кредиторов могут обеспечить механизм, способствующий участию кредиторов в производстве, будь то ликвидационном или реорганизационном. Комитет кредиторов (или аналогичная форма представительства кредиторов) может и не требоваться в связи со всеми делами о несостоятельности, но может быть уместным в тех случаях, когда кредиторов очень много, когда у них самые разные интересы или когда другие особенности данного дела указывают на желательность или необходимость такого подхода (например, в целях ограничения затрат времени и денежных средств). В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что кредиторы сами определяют, будут ли они назначать комитет, тогда как в законодательстве других стран предусматривается назначение комитета судом, с тем чтобы содействовать осуществлению надзора за действиями управляющего в деле о несостоятельности. Если создается комитет кредиторов, то необходимо будет учесть, какая доля расходов комитета будет оплачиваться за счет имущественной массы; согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран 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 в законодательстве других стран предусматривается, что кредиторы могут назначать своего представителя, но при этом должны нести связанные с этим расходы. В законодательстве ряда стран предусматривается, что расходы комитета кредиторов должны покрываться за счет имущественной массы. Данный вопрос тесно увязывается с ролью комитета, с тем, в какой степени комитет может взять на себя функции, которые согласно законодательству о несостоятельности должны выполняться кредиторами, и с факторами, определяющими, следует ли создавать комитет при ведении того или иного производства.

i) Кредиторы, которые могут назначаться в состав комитета

277. [199] При определении состава комитета кредиторов могут использоваться различные подходы. В качестве изначального вопроса в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо предусмотреть, какие кредиторы будут иметь право быть назначенными в состав комитета кредиторов. Например, законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что 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 о несостоятельности других стран устанавливает ограничения с точки зрения местонахождения кредиторов, которые могут входить в состав комитета кредиторов. [205] Однако для обеспечения равного статуса кредиторов было бы, возможно, целесообразным предоставить право быть назначенными в состав комитета тем кредиторам, требования которых признаны лишь в предварительном порядке, и иностранным кредиторам.

278. Второй вопрос касается категорий кредиторов, которые могут быть представлены. [199] Хотя комитеты кредиторов обычно представляют только необеспеченных кредиторов, в законодательстве некоторых стран признается, что могут существовать 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.

279. [200] Согласно законодательству о несостоятельности других стран 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 повлиять на их интересы. 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 проблему апатичности кредиторов, которая возникает весьма часто) и предусмотреть расширение или сокращение состава комитета в случае необходимости. Для тех случаев, когда требуется участие слишком многочисленных категорий кредиторов, что не позволяет учесть все их интересы в одном комитете – как это может быть, 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 представления разных интересов. В то же время желательно, чтобы такой механизм использовался только в особых случаях, с тем чтобы избежать неоправданных расходов и опасности создания излишне громоздкого механизма представительства кредиторов.

280. [201] Вопрос об участии акционеров или собственников предприятия-должника и кредиторов, связанных с должником, может быть спорным, особенно в тех случаях, когда комитет кредиторов правомочен принимать решение, затрагивающее права обеспеченных кредиторов, или когда акционеры или собственники принимают участие в управлении предприятием-должником. В то же время могут быть случаи, когда акционеры не являются непосредственно осведомленными лицами в вопросах управления предприятием-должником и не принимают в нем участия, например в случае, когда акционеры являются инвесторами без какой-либо прямой связи с администрацией или доступа к ней. В подобных случаях могут существовать веские причины в пользу разрешения акционерам принимать 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 исключить из участия в составе комитета, для того чтобы обеспечить комитету возможность выполнять свои функции от имени общего органа кредиторов беспристрастно и независимо.

281. [202] Аналогичный вопрос, связанный с участием, может возникнуть в отношении сторон, которые приобретают требования кредиторов. Такие приобретатели могут быть связаны с должником или могут являться третьими сторонами, не имеющими особого интереса в коммерческом предприятии должника. Приобретение требований третьими сторонами может вызвать обеспокоенность в связи с доступом к защищенной конфиденциальной информации, которая может иметь стоимость на вторичном рынке долгов, а приобретение требований соответствующей стороной ставит вопрос о том, имеет ли соответствующая сторона право потребовать уплаты номинальной стоимости требования или же лишь суммы, фактически уплаченной по нему (для тех случаев, когда между ними есть различие), что может затронуть право на голосование, когда это непосредственно связано со стоимостью требований.

282. [203] 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.

ii) Создание комитета кредиторов

283. [204] В тех случаях, когда законодательство предусматривает создание комитета кредиторов, зачастую также регулируются и такие детали, как способ 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 представляется желательным не только в целях избежания споров и обеспечения конфиденциальности, но и для установления прозрачных и предсказуемых процедур.

284. [206] Члены комитета могут назначаться по-разному в зависимости в значительной степени от функций, которые призван выполнять конкретный комитет. Во многих случаях членов комитета назначает общий орган кредиторов, как правило, на первом совещании кредиторов или после того, как управляющий в деле о несостоятельности представит предварительную информацию о должнике. Назначение кредиторов может способствовать укреплению доверия кредиторов и поощрению их участия в производстве по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах члены комитета кредиторов могут назначаться судом либо по его собственной инициативе, либо по заявлению кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. К недостаткам такого подхода можно отнести доводы о предвзятости, отсутствие объективности и прозрачности; кредиторы могут и не испытывать доверия к системе, которая не поощряет их к выполнению определенных функций в выборе собственных представителей или не позволяет делать это, и она может и не способствовать преодолению широко распространенных проблем, связанных с нежеланием кредиторов принимать участие в процедурах. Вместе с тем такой подход может способствовать упрощению процедуры создания комитета кредиторов и сокращению числа причин для споров между кредиторами. Выбор между этими двумя различными подходами может зависеть от того, в какой степени суд осуществляет надзор за производством по делу о несостоятельности и участвует в нем на ежедневной основе, и от того, в какой степени от кредиторов требуется играть активную роль в выполнении функций, выходящих за рамки предоставления консультаций управляющему в деле о несостоятельности.

285. [205] В целях облегчения управления работой комитета и контроля за ней в законодательстве о несостоя-

тельности некоторых стран оговаривается численный состав комитета: как правило, нечетное число, 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 членский состав иногда ограничивается только крупнейшими необеспеченными кредиторами. Таких кредиторов можно определить с помощью ряда средств, включая требование к должнику подготовить перечень его крупнейших кредиторов. [207] Чтобы обеспечить выполнение комитетом своих обязанностей по справедливому представительству кредиторов, было бы, возможно, желательно предусмотреть надзор над 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.

iii) Функции комитета кредиторов

286. По общему плану комитет кредиторов будет выполнять свои функции от имени общего органа кредиторов, и в связи с этим эти функции будут непосредственно связаны с функциями общего органа кредиторов. Полномочия и функции комитета кредиторов не должны ущемлять права кредиторов в целом участвовать или иным образом действовать в производстве по делу о несостоятельности. В целом законодательство о несостоятельности предусматривает, что комитет кредиторов будет давать рекомендации управляющему в деле о несостоятельности, консультироваться с ним или, возможно, осуществлять надзор в отношении его действий и [208] выполнять ряд конкретных задач, включая контроль над ходом производства (что может включать в себя требование о предоставлении информации управляющим в деле о несостоятельности); проведение консультаций с другими сторонами, участвующими в производстве, особенно с управляющим в деле о несостоятельности и действующей администрацией должника; и предоставление управляющему в деле о несостоятельности отвечающих пожеланиям органа кредиторов рекомендаций по таким вопросам, как продажа важных активов и разработка плана реорганизации. Для выполнения своих функций комитету может потребоваться административная и экспертная помощь. Эти вопросы могут быть урегулированы с помощью положения о том, что комитет может обращаться к управляющему в деле о несостоятельности за разрешением нанять секретаря и, если того требуют обстоятельства, консультантов и специалистов. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что такие расходы оплачиваются за счет имущественной массы в то время, как законами других стран устанавливается, что кредиторы сами должны нести расходы, связанные с участием в производстве по делу о несостоятельности.

iv) Ответственность комитета кредиторов

287. [209] Комитет подотчетен общему органу кредиторов. Он не несет никакой ответственности и не имеет доверительных обязательств по отношению к собственникам неплатежеспособного предприятия. Будет, возможно, желательно предусмотреть требование о том, чтобы комитет действовал добросовестно, а также предусмотреть, что его члены не будут нести ответственности за действия и решения, принятые ими в качестве членов комитета, если только не будет доказано, что они действовали ненадлежащим образом или нарушали доверительные обязательства перед кредиторами, которых они представляют. К ним может относиться, например, извлечение прибыли из управления или приобретение активов, составляющих часть имущественной массы, без предварительного одобрения суда. 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 будет на практике препятствовать их участию, и слишком низкого уровня, что может привести к злоупотреблениям и воспрепятствовать эффективному функционированию комитета в качества представительного органа.

v) Смещение и замена членов комитета

288. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо каким-либо образом отразить мотивы, по которым можно сместить членов комитета кредиторов, и вопрос о создании механизма замены. Процедура такого смещения и замены может быть связана с процедурой назначения членов комитета кредиторов в первой инстанции или судом, или путем избрания общим органом кредиторов. Механизм замены членов комитета будет также 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.

e) Голосование кредиторов

289. Возможно, есть необходимость учесть в законодательстве о несостоятельности различие между вопросами, по которым требуется голосование общего органа кредиторов, и вопросами, по которым решение может быть принято комитетом кредиторов, а также предусмотреть установление применимых требований к голосованию в каждом случае. Кроме того, возможно, необходимо установить, какое заседание комитета кредиторов будет считаться действительным с точки зрения количества его членов (или кворума), необходимого для участия в заседании, хотя необходимость в таком положении может зависеть от тех функций, которые будет выполнять комитет.

290. [210] Для тех случаев, когда решения, которые предполагается принять в ходе производства, будут иметь важные последствия для органа кредиторов, желательно предоставить всем кредиторам (а не только комитету кредиторов) права на получение уведомлений о таких решениях и на голосование по ним. К числу таких решений можно отнести голосование по выбору управляющего в деле о несостоятельности, если подобные функции кредиторов предусматриваются законодательством о несостоятельности; по утверждению плана реорганизации; по другим важным действиям, таким как продажа значимых активов; и по финансированию после открытия производства.

291. К вопросу о таком голосовании можно применять целый ряд различных подходов в зависимости от характера вопроса, по которому принимается решение. Законодательство некоторых стран предусматривает, что голосование должно осуществляться лично на совещании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран указывается, что в тех случаях, когда участвует большое количество кредиторов или когда кредиторы не являются местными жителями, голосование может проходить по почте или по доверенности. Кроме того, возможно, желательно признать, что голосование может проводиться с помощью электронных средств.

292. [211] В вопросе о том, какой результат голосования необходим для того, чтобы различные решения были обязательными для кредиторов, также используются различные подходы, [212] причем в законодательстве о несостоятельности некоторых стран проводится различие 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 V). Согласно законодательству некоторых стран большинство в расчете по стоимости требований требуется для принятия большей части решений, а для таких решений, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности и наем отдельных специалистов в деле о несостоятельности, требуется большинство как по стоимости требований, так и по числу голосующих. Законодательство других стран предусматривает, что для принятия решения по таким вопросам, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности, достаточно простого большинства голосов. В законодательстве ряда стран также проводится различие 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.

293. Правовые системы разных стран предусматривают множество подходов к созданию механизма голосования для комитета. Эти подходы отражают те формы, которые используются для общего органа кредиторов. Однако самое важное заключается в том, чтобы установить какие-то правила, регулирующие принятие решений комитетом кредиторов, включая правила, касающиеся большинства голосов и процедур голосования.

f) Разрешение споров между общим органом кредиторов и комитетом кредиторов

294. Как отмечалось выше в отношении споров с управляющим в деле о несостоятельности, преимущественной силой в законодательстве о несостоятельности многих стран наделяются решения, принимаемые на совещании общего органа кредиторов. Поскольку общий орган кредиторов является главным директивным органом кредиторов, его четко определенные решения должны иметь преимущественную силу перед решениями, принимаемыми по тому же вопросу комитетом кредиторов.

g) Конфиденциальность

295. Как отмечалось выше (Часть вторая, глава IV.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 таких условий может и не быть, и могут возникнуть обстоятельства, при которых кредиторы могут использовать такую информацию, чтобы помешать успешному осуществлению согласованного плана. По этим причинам, возможно, целесообразно обязать кредиторов соблюдать конфиденциальность, которая позволит использовать полученную в ходе разбирательства информацию только для целей производства, если суд не примет иного решения.

Рекомендации

Категории кредиторов

Цель законодательных положений

Цель положений о категориях кредиторов заключается в следующем: […].

Содержание законодательных положений

(106) В законодательстве о несостоятельности следует четко определить различные категории кредиторов, которые будут охвачены законодательством о несостоятельности, и урегулировать вопрос о том, какой режим будет установлен законодательством в отношении этих категорий кредиторов [с точки зрения требований, приоритетов и распределения].

Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

a) установить функции и обязанности общего органа кредиторов;

b) обеспечить участие общего органа кредиторов в производстве по делу о несостоятельности путем назначения комитета кредиторов;

c) предусмотреть механизм назначения комитета;

d) установить функции и обязанности комитета кредиторов.

Содержание законодательных положений

Общий орган кредиторов [собрание кредиторов]

(107) [(85)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать полномочия и функции общего органа кредиторов. Они должны состоять в следующем:

a) утверждение или отклонение плана реорганизации;

b) [участие в решении] [вынесение рекомендаций относительно] вопросов, переданных ему управляющим в деле о несостоятельности, включая рекомендации по вопросам продолжения деятельности предприятия при ликвидации, финансирования после открытия производства, проверки требований, вознаграждения специалистов, режима судебных процедур, стороной которых является должник в момент открытия производства, распределения активов и […].

– Голосование общего органа кредиторов

(108) [(86)] Законодательство о несостоятельности должно оговаривать вопросы, по которым требуется проведе-

ние голосования общего органа кредиторов, и устанавливать соответствующие требования к голосованию.

– Право быть заслушанными

(109) [(87)] Кредиторы должны обладать индивидуальным правом быть заслушанными в ходе производства по делу о несостоятельности по вопросам, касающимся […].

– Участие обеспеченных кредиторов

(110) [(90)] В законодательстве о несостоятельности следует четко указать, в какой степени обеспеченные кредиторы [могут] [должны] участвовать в ликвидационном и реорганизационном производстве. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы полагаются на обремененные обеспечением активы для оплаты части или всей суммы своих требований, законодательство о несостоятельности [может] [должно] ограничивать их участие в производстве в том объеме, в каком обеспечено их требование. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы отказались от своего права на обеспечение в пользу управляющего в деле о несостоятельности, законодательство о несостоятельности должно предоставлять им право принимать такое же участие в производстве, что и обычным необеспеченным кредиторам. В тех случаях, когда требование обеспеченных кредиторов должно быть реструктурировано в соответствии с планом реорганизации, обеспеченный кредитор должен иметь право участвовать в реорганизационном производстве.

– Созыв совещаний общего органа кредиторов

(111) Совещания общего органа кредиторов могут созываться [судом] [управляющим в деле о несостоятельности] [по просьбе кредиторов] [обладающих (*указать долю общей стоимости*) [необеспеченных] требований].

Комитет кредиторов

(112) [(88)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать [механизм] для активного участия общего органа кредиторов в производстве по делу о несостоятельности [например] через комитет кредиторов. Для тех случаев, когда интересы и категории кредиторов, участвующих в производстве по делу о несостоятельности, различаются и назначение единого комитета не будет способствовать их участию, законодательство о несостоятельности может предусматривать назначение различных комитетов кредиторов.

(113) Для тех случаев, когда законодательство о несостоятельности предусматривает назначение комитета кредиторов, следует четко указать взаимосвязь между общим органом кредиторов и комитетом кредиторов. В частности, в законодательстве о несостоятельности следует конкретно указать, необходимо ли создавать комитет во всех делах о несостоятельности, оговорить распределение функций и полномочий между общим органом кредиторов и комитетом кредиторов, установить механизм разрешения споров между общим органом кредиторов и комитетом кредиторов и […].

– Кредиторы, которые могут быть назначены в комитет кредиторов

(114) [(89)] Законодательство о несостоятельности должно оговаривать категории кредиторов, которые могут или не могут быть назначены в состав комитета, включая вопрос о том, должно или не должно признаваться требование кредитора [в предварительном порядке или иным образом] до того, как он получит право быть назначенным в комитет. В число кредиторов, которые не [могут] [должны] назначаться в комитет кредиторов, могут входить такие лица, как кредиторы, связанные с должником (будь то лично или в качестве директоров, управляющих или консультантов должника), и кредиторы, лично заинтересованные в делах должника, когда такой интерес может оказать воздействие на беспристрастность кредитора при выполнении функций члена комитета (например, конкурент должника).

– Механизм назначения комитета кредиторов

(115) [(91)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм назначения комитета кредиторов. В число различных подходов могут входить выборы комитета кредиторов общим органом кредиторов и назначение судом или другим административным органом.

– Функции комитета кредиторов

(116) [(92)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать полномочия и функции комитета кредиторов, включая следующее:

a) как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве – общая консультативная функция, предоставление рекомендаций и помощи управляющему в деле о несостоятельности;

b) надзорная функция в отношении подготовки плана реорганизации, продажи важных активов и решения других вопросов, которые могут быть установлены судом или определены в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности;

c) право быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности.

– Наем и вознаграждение специалистов комитетом кредиторов

(117) [(93)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать комитету кредиторов, с согласия [суда] [общего органа кредиторов], нанимать специалистов, которые могут потребоваться для оказания помощи комитету кредиторов в выполнении его функций, и выплачивать им вознаграждение.

– Ответственность членов комитета кредиторов

(118) [(94)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что члены комитета кредиторов освобождаются от ответственности за их действия, совершенные ими в качестве членов комитета, если только не будет доказано, например, что они действовали мошенническим образом.

– Отстранение и замена членов комитета кредиторов

(119) [(95)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать отстранение и замену членов комитета кредиторов и оговаривать основания, включая [грубую] небрежность, [отсутствие необходимой квалификации], [некомпетентность или неэффективность].

– Правила процедуры комитета кредиторов

(120) [(96)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать установление правил, регулирующих выполнение функций и процесс принятия решений коми-

тета кредиторов, включая правила, касающиеся большинства голосов и процедуры голосования.

D. Институциональные основы

296. 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.

297. В большинстве правовых систем 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 правовых систем роль, которая в других правовых системах отводится судам, выполняют несудебные или квазисудебные учреждения.

298. 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 ограниченны 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.

299. 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. Кредиторы также могут быть уполномочены давать консультации управляющему в делах 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.

300. Способность суда заниматься нередко сложными коммерческими вопросами, возникающими в делах о несостоятельности, – это зачастую не только вопрос знаний и опыта в связи с конкретной юридической и деловой практикой, но и вопрос 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.

301. 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 просить суд производить сложные экономические оценки 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 тогда, когда это связано с экономическими или коммерческими вопросами. Такой подход соответствует общей задаче установления режима несостоятельности, характеризующегося прозрачностью и предсказуемостью.

302. 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.

303. 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 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.

Рекомендации

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли добавить в Руководство рекомендации относительно институциональных основ, необходимых для создания эффективного и действенного режима несостоятельности, и если да, то что следует включить в эти рекомендации.]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и 2; разделы A и B главы II содержатся в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и 4; разделы A–F главы III содержатся в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; разделы A–D главы IV содержатся в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 и 11; главы VI и VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение)			*Пункты*
V.	РЕОРГАНИЗАЦИЯ		304–375
	A.	План реорганизации	304–360
		1. Введение	304–305
		2. Характер или форма плана	306–308
		3. Подготовка плана	309–317
		4. План	318–324
		5. Принятие плана	325–344
		6. Случаи, когда план представляется кредиторам для принятия, однако не принимается	345–346
		7. Придание плану обязательной силы в отношении несогласных кредиторов	347
		8. Утверждение плана судом	348–352
		9. Последствия плана	353
		10. Оспаривание плана после его утверждения	354
		11. Изменение плана после принятия кредиторами (и утверждения судом)	355–356
		12. Осуществление плана	357

Пункты

13. Случаи срыва осуществления плана 358–359
14. Преобразование в ликвидацию 360

Рекомендации.....(121)–(138)

B. (Упрощенное) реорганизационное производство [Признание плана реорганизации, подготовленного и согласованного до открытия реорганизационного производства] 361–375
1. Введение 361–362
2. Внесудебная реорганизация 363–366
3. Процедуры для признания плана реорганизации, подготовленного и согласованного вне суда 367–375

Рекомендации.....(139)–(145)

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

V. РЕОРГАНИЗАЦИЯ

A. План реорганизации

1. Введение

304. [261] Как правило, в законах о несостоятельности рассматривается ряд вопросов, связанных с составлением плана реорганизации, в том числе следующих: характер или форма плана; когда должен подготавливаться план; кто может подготовить план; что должно быть включено в план; как должен приниматься план и каковы последствия плана.

305. [262] 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, которую предполагается создать после завершения реорганизации, или же он может предлагаться при открытии производства и устанавливать порядок решения связанных с должником и его коммерческими операциями вопросов в течение реорганизационного периода – во многом аналогично бизнес-плану, – а также определять ожидаемые дивиденды и даты платежей. 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, причем могут регулироваться такие вопросы, как сроки и механизмы внутренних распределений. В обсуждении ниже основное внимание уделяется вопросам, имеющим отношение к плану, предлагаемому при открытии производства, и рассматриваются действия предприятия при реорганизации и предлагаемые преобразования юридических прав с целью урегулирования финансового положения должника. Эти соображения, хотя и не обязательно в полном объеме, будут также уместны и в случае других видов планов.

2. Характер или форма плана

306. [263] Цель реорганизации состоит в максимально возможном увеличении средств, возвращаемых кредиторам, для обеспечения лучших результатов, чем в случае ликвидации должника, и в сохранении жизнеспособных предприятий как средства сохранения рабочих мест для рабочих и служащих и коммерческих возможностей для поставщиков. В процессе реорганизации могут участвовать различные заинтересованные группы, каждая из которых может иметь различные взгляды на пути достижения этих целей. Некоторые кредиторы, например крупные клиенты или поставщики, могут отдать предпочтение продолжению коммерческих операций с должником перед быстрым погашением задолженности перед ними. Некоторые кредиторы могут отдать предпочтение доле 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 это, по всей вероятности, будет препятствовать достижению цели максимального увеличения стоимости. Например, нежелательно, чтобы законом допускалась подготовка только таких планов, которые направлены 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. [264] Подход, не носящий характера вмешательства, будет, по всей вероятности, способствовать созданию возможностей для проявления гибкости, достаточных для того, чтобы позволить выбор наиболее подходящего (с точки зрения конкретного предприятия) решения из круга возможных вариантов действий. Предусматриваемый в некоторых законах о несостоятельности подход основывается на перечислении некоторых возможных решений, и при этом не предполагается, что этот перечень носит исключительный характер и другие варианты действий не могут быть избраны.

307. [264] Возможные решения могут включать выбор просто заключения мирового соглашения (соглашения об оплате кредиторам процентной доли их требований); продолжение коммерческих операций предприятия и его конечную продажу в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с последующей ликвидацией 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. [263] 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.

308. [264] 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 приоритеты, предоставляемые кредиторам при ликвидации, должны сохраняться в случае реорганизации, что последствия плана не могут быть таковыми, чтобы привести 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 законодательного регулирования (в тех случаях, когда законы о несостоятельности не содержат поправок к таким ограничениям), например в области валютного контроля.

3. Подготовка плана

309. [265] Два важных вопроса, которые следует рассмотреть в связи с подготовкой плана реорганизации, касаются стадии производства, на которой он должен быть подготовлен, и стороны или сторон, которые будут иметь возможность его подготовить или которым может быть поручена его подготовка. Для решения этих вопросов может быть использован целый ряд различных подходов.

a) Сроки подготовки

310. [266] Что касается первого вопроса, связанного со сроками подготовки, то используемый подход может зависеть от целей или задач реорганизации в каждом конкретном случае или быть связан с порядком открытия реорганизационного производства. В некоторых законах, например, предусматривается, что план реорганизации должен представляться вместе с заявлением о возбуждении реорганизационного производства (в этом случае заявление может называться "предложением" о реорганизации), когда такое производство носит добровольный характер и открывается по инициативе должника. К числу возможных трудностей, обусловливаемых таким подходом, может относиться следующее: задержка в том, что касается способности должника 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 вызвать задержки. Во многих других законах предусматривается подготовка 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 учетом возможности злоупотребления режимом несостоятельности должниками, которые не имеют ни намерения, ни способности представить план, а лишь пытаются воспользоваться льготами моратория.

b) Стороны, способные [уполномоченные] подготовить план

311. [267] Что касается второго вопроса, то участники реорганизационного производства могут иметь различные возможности и нести различные обязанности применительно к подготовке 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 некоторым законам о несостоятельности устанавливается позитивное обязательство этих сторон сотрудничать в подготовке плана. При определении того, какая сторона должна уполномочиваться на подготовку плана или какие стороны способны его подготовить, желательно добиться сбалансированности между свободой, предоставляемой различным сторонам в этом вопросе (например, следует ли признать право на подготовку плана за всеми сторонами, должно ли такое право возникать у них одновременно или следует ли предусмотреть такой порядок, при котором стороны будут готовить свои планы последовательно и подготовка 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 подготовки, возможности внесения изменений, 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 эффективности, определенности и предсказуемости, а также упорядоченного хода производства желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности достаточные ориентиры для обеспечения подготовки жизнеспособного плана.

i) Подготовка плана должником

312. [268] Согласно некоторым законам о несостоятельности предусматривается подготовка 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 подготовку плана должником, могут заключаться в поощрении должников к возбуждению реорганизационных процедур на раннем этапе и 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). Возможность, предоставляемая должнику, может являться исключительной или носить такой характер только в течение оговоренного срока, который суд может продлить, если это будет отвечать интересам реорганизационного производства, при том что другая сторона будет иметь право подготовить свой план, если оговоренный срок истек, а план не предложен. В тех случаях, когда план должен быть подготовлен до открытия производства, он, как правило, будет подготавливаться должником, однако к этому процессу может быть привлечена одна или несколько – не обязательно все – категорий кредиторов, которые могут принять участие в переговорах и согласовать план, при том условии, что он будет принят другими кредиторами или "навязан" другим категориям.

ii) Участие кредиторов

313. [269] В тех случаях, когда требуется одобрение плана кредиторами, всегда существует опасность того, что процедуры реорганизации будут сорваны, если план, представленный должником, будет неприемлемым. Например, кредиторы могут согласиться с одобрением только того плана, который лишает акционеров должника контрольного пакета акций неплатежеспособного предприятия, а также могут лишить действующую администрацию любых управленческих функций. Если должнику предоставлено исключительное право на подготовку плана и он отказывается рассмотреть такую схему, возникает опасность провала реорганизации, что нанесет ущерб и кредиторам, и работникам, и самому должнику. Предоставление должнику возможности принять участие в подготовке плана связано с потенциальными преимуществами, даже если должник не будет нести основной ответственности за подготовку. Эти преимущества могут быть особенно очевидными в тех случаях, когда план предусматривает продолжение функционирования коммерческого предприятия должника и для обеспечения успеха коммерческих операций необходим ключевой управленческий персонал (например, по причине сложности таких операций) или когда осуществить замену такого персонала за короткий срок весьма трудно. Для разрешения подобных трудностей в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что если должник не представил приемлемого плана до истечения срока действия его исключительного права, то возможность предложить план предоставляется кредиторам (это может быть сделано через комитет кредиторов (см. Часть вторую, главу IV.C). Такое решение может создать средство, необходимое для содействия достижению компромисса между участвующими сторонами.

iii) Участие управляющего в деле о несостоятельности

314. [270] Еще один подход, используемый во многих законах о несостоятельности, заключается в том, чтобы предоставить возможность для подготовки плана управляющему в деле о несостоятельности будь то в качестве альтернативы подготовке 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 установлению возможности для участия управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов, зависит от структуры законодательства. В случаях, когда необходимым условием для вступления плана в силу является его одобрение требуемым большинством кредиторов, вероятность принятия того плана, который учитывает приемлемые для кредиторов предложения, будет более высокой по сравнению с планом, таких предложений не учитывающим. Эти соображения не применимы для случаев, когда одобрение кредиторов не является необходимым или когда их решение может быть отменено судом. В тех случаях, когда предусматривается только утверждение плана судом, для обеспечения такого утверждения может потребоваться значительная юридическая помощь.

iv) Подготовка плана несколькими сторонами

315. [270] В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что возможность подготовки плана предоставляется ряду сторон. К их числу может относиться администрация должника, акционеры должника, управляющий в деле о несостоятельности и кредиторы или комитеты кредиторов. В тех случаях, когда включается подобное положение, может оказаться желательным, чтобы устанавливались определенные процедуры для обеспечения того, чтобы конкурирующие планы не готовились одновременно. Хотя в определенных случаях такой подход может способствовать выработке взаимоприемлемого плана, он также может привести к усложнению процесса, неэффективности и задержкам.

316. [271] В законодательстве некоторых стран предусматривается, что суд может рассмотреть мнения относительно плана таких третьих сторон, как правительственные ведомства и профсоюзы. Хотя в том или ином конкретном случае это может оказать помощь в подготовке приемлемого плана, такая процедура может также привести к затягиванию производства и ее применение может быть желательным только в тех обстоятельствах, если она принесет пользу с учетом конкретного дела и если она осуществляется под пристальным контролем при соблюдении оговоренных сроков.

c) Сроки для подготовки плана

317. В некоторых законах о несостоятельности устанавливается срок, в течение которого должен быть подготовлен план. Этот срок может предусматриваться непосредственно для подготовки плана должником или для подготовки плана в целом. Например, в законодательстве одной из стран предусматривается 120-дневный срок для подготовки плана должником; по его истечении любая другая сторона может представить план, причем каких-либо конкретных сроков не оговаривается. Примеры продолжительности сроков, обычно применимых к подготовке и представлению планов, включают сроки от 35 до 120 дней, считая от открытия производства, причем в некоторых законах предусматривается возможность продления или сокращения этого срока судом при определенных обстоятельствах. Хотя установление сроков может оказать помощь в обеспечении бесперебойного хода реорганизационного производства, это преимущество потребуется, возможно, сбалансировать с учетом риска того, что предельные сроки могут быть излишне жесткими и устанавливать произвольные ограничения, в частности, если учи-

тывать существование крупных дел, когда подготовка плана может занять более 12 месяцев, или что сроки не будут соблюдаться, особенно в отсутствие надлежащей санкции, или что инфраструктура институтов в области несостоятельности не сможет обеспечить их соблюдение (например, по таким причинам, как отсутствие средств). Преимущество сроков, которые могут быть продлены судом, состоит в том, что от стороны, ходатайствующей о продлении, потребуется продемонстрировать суду его необходимость, т. е., например, что задержка не была вызвана какими-либо ненадлежащими причинами, что задержка не нанесет ущерба ходу производства и что имеются перспективы успешной реорганизации.

4. План

318. [273] 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 принятия (и утверждения судом, если это требуется) (например, будет ли он иметь обязательную силу для несогласных кредиторов и обеспеченных кредиторов, кто будет нести ответственность за осуществление плана и за повседневное управление предприятием должника). Результаты осуществления плана зависят от существующих практических возможностей, т. е., другими словами, от того, насколько велика вероятность успешной реализации плана и реабилитации должника на основе известных фактов и обстоятельств и разумных предположений. 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 вопрос касается способа представления этих предложений и их разъяснения кредиторам в целях получения поддержки.

a) Содержание плана

319. [272] Во многих законах о несостоятельности предусматриваются положения, касающиеся содержания плана реорганизации. В некоторых законах эти вопросы регулируются со ссылкой на общие критерии, например на требование о том, чтобы в плане реорганизации всем сторонам должным образом и четко раскрывалась информация об истинном финансовом положении неплатежеспособного предприятия и преобразовании юридических прав, предлагаемом в плане, или за счет ссылки на минимальные требования, заключающиеся, например, в том, что в плане должна предусматриваться оплата определенных преференциальных требований.

320. В других законах устанавливаются более конкретные требования относительно необходимой информации в связи с финансовым положением должника и предложениями, включаемыми в план. [272] Информация о финансовом положении должника может включать ведомости активов и обязательств и движения наличности, а также информацию, касающуюся причин или обстоятельств, обусловивших финансовое положение должника.

321. [272] Информация относительно содержащихся в плане предложений может 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 неистекших договоров об аренде; меры и механизмы для решения вопросов, связанных с активами должника (например, передачей, ликвидацией, удержанием); продажу обеспеченных активов; процедуру раскрытия информации и утверждения; права заявителей оспариваемых требований на участие в процедурах голосования и условия регулирования вопросов об оспариваемых требованиях; механизмы решения вопросов, связанных с персоналом предприятия должника; роль, которую должен играть должник в осуществлении плана и определении лиц, которые будут нести ответственность за будущее управление коммерческим предприятием должника; финансирование осуществления планов; вознаграждение администрации должника за предоставленные услуги; погашение требований и разъяснение того, каким образом сумма, причитающаяся кредиторам, превысит сумму, которую они получили бы в случае ликвидации; уплату процентов на требования; возможные изменения в форме предприятия должника (изменения в уставных документах; статьи об ассоциации и т. д.); основу, на которой предприятие сможет продолжить свои коммерческие операции и быть успешно реорганизованным; надзор над реализацией плана; и срок осуществления плана, включая в определенных случаях максимально предусмотренный законом срок.

322. [274] Применительно к содержанию плана также возникают вопросы, связанные с другими областями законодательного регулирования. Например, в той мере, в которой национальное законодательство о деятельности акционерных обществ 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 несостоятельности, с тем чтобы подобные положения могли быть включены в план и утверждены. Аналогично, если в результате действия иных норм права план должен ограничиваться списанием долга или продлением сроков его погашения, такой план может не получить достаточной поддержки кредиторов для его успешного осуществления. Применительно к некоторым делам о несостоятельности возникают аналогично четкие и неоспоримые вопросы о взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. В других случаях 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 работников согласно соответствующим трудовым законам – например, когда реорганизация может быть связана с вопросами изменения коллективных договоров, – или вопросы, связанные с налоговым законодательством. Согласно некоторым законам 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 случаях согласия кредиторов, и в целях обеспечения прозрачности и предсказуемости желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности вопрос о его взаимосвязи с другими законами был прямо урегулирован.

b) Информация, которая должна сопровождать план

323. [273] При голосовании по плану кредиторам необходимо иметь возможность убедиться в том, что содержа-

щиеся в плане предложения практически осуществимы и не основываются, например, на ошибочных предпосылках и что в результате осуществления плана не будет сохранена чрезмерная обремененность должника задолженностью. Для облегчения проведения такой оценки кредиторам потребуется представить информацию, разъясняющую содержащиеся в плане предложения и воздействие этих предложений как на должника, так и на кредиторов. В этих целях план может сопровождаться докладом квалифицированного специалиста, от которого может ожидаться изложение заслуживающего доверия и беспристрастного мнения относительно предлагаемых в плане мер, или полным раскрытием информации, на основании которой кредиторы смогут оценить план. В тех случаях, когда кредиторы 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).

324. [272] В ряде законов о несостоятельности содержатся положения, регулирующие вопрос об информации, которая должна представляться кредиторам, с тем чтобы дать им возможность должным образом оценить план, причем может предусматриваться включение такой информации как собственно в план, так и в отдельный документ. В тех случаях, когда план реорганизации должен сопровождаться таким документом, в законодательстве о несостоятельности может оговариваться информация, подлежащая включению. Представление такой информации способствует достижению ключевой цели прозрачности и может оказать помощь в обеспечении доверия кредиторов к производству по делу о несостоятельности. В то же время предусматриваемый порядок потребуется, возможно, сбалансировать с учетом обеспокоенности соображениями конфиденциальности, возникающей в результате предоставления кредиторам доступа к касающейся должника финансовой и коммерческой информации, которая может носить конфиденциальный характер, даже если такая информация может быть в конечном итоге открыта для публичного ознакомления в результате принятия или утверждения плана судом. Этот подход, возможно, также потребуется сбалансировать с учетом претензий на представление информации, которая не имеет отношения к цели оценки плана; основное внимание следует уделять информации, требующейся в каждом конкретном случае для оценки конкретных предложений, содержащихся в плане.

5. Принятие плана

325. [275] Разработка норм законодательства о несостоятельности применительно к принятию плана требует сбалансированного учета ряда порой противоречащих друг другу соображений, что будет иметь особое значение в случаях, когда план не получает поддержки всех кредиторов или категорий кредиторов. С одной стороны, 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, может ли план иметь обязательную силу для не согласных с ним категорий кредиторов. В той мере, в которой план может приниматься и в принудительном порядке осуществляться, несмотря на не согласных с ним кредиторов, может возникнуть необходимость в обеспечении того, чтобы содержание плана предусматривало надлежащую защиту таких кредиторов и, в частности, не создавало неоправданных последствий для их прав. С другой стороны, в той мере, в которой процедура принятия приводит к нанесению существенного ущерба требованиям кредиторов (особенно обеспеченных кредиторов) без их согласия, возникает опасность того, что будет нанесен ущерб также 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

326. [275] Во многих законах о несостоятельности предусматривается созыв специального собрания кредиторов для цели голосования по плану реорганизации и требуется, чтобы план (и соответствующая информация или документ, раскрывающий такую информацию, если его представление также требуется) был предоставлен в распоряжение кредиторов в течение определенного срока до созыва такого собрания. [210] В некоторых законах предусматривается, что голосование осуществляется лично на собрании кредиторов, в то время как в соответствии с законодательством других стран устанавливается, что голосование может быть осуществлено по почте или по доверенности. Было бы также, возможно, желательно признать, что голосование может проводиться с помощью использования электронных средств.

327. К числу других вопросов, которые следует рассмотреть в связи с принятием плана, относятся следующие: виды требований (с точки зрения признания или предварительного признания таких требований), которые будут приниматься во внимание при определении получения требуемого большинства голосов; требуется ли голосовать обеспеченным кредиторам; будут ли при определении необходимого большинства учитываться голоса владельцев приоритетных требований; и порядок применительно к воздержавшимся кредиторам. В некоторых случаях, например, голоса воздержавшихся считаются голосами против принятия плана, [280] в то время как во многих странах принят подход, предусматривающий расчет процентной доли поддержки на основе учета голосов тех кредиторов, которые фактически участвуют в голосовании, и при этом считается, что отсутствующие или воздержавшиеся мало заинтересованы в производстве. Этот последний подход требует наличия и эффективного осуществления надлежащих положений об уведомлении, особенно применительно к кредиторам-нерезидентам.

328. В некоторых законах о несостоятельности также используются презумпции применительно к учету голосов. В случае, например, если план предусматривает аннулирование требования кредитора или интереса в акционерном капитале владельца (и эта сторона ничего по плану не получает), может действовать презумпция голосования против плана. В отличие от этого в случаях, когда согласно плану требование остается неизменным или предусматривается его оплата в полном объеме, может действовать презумпция голосования в пользу плана. Такие презумпции могут упростить процедуру голосования и ослабить необходимость в представлении уведомления и информации соответствующим кредиторам.

b) Принятие плана обеспеченными и приоритетными кредиторами

329. [276] Во многих случаях на обеспеченные требования будет приходиться значительная доля стоимостного объема задолженности должника, и в вопросе о принятии плана обеспеченными и приоритетными кредиторами могут быть использованы различные подходы. В то же время, как общий принцип, та степень, в которой 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 требования обеспеченного кредитора.

330. Согласно одному из подходов в случае, если законодательство о несостоятельности предусматривает, что принятие плана не препятствует обеспеченным кредиторам в осуществлении их прав в отношении обремененных активов, в целом 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 приоритетные кредиторы: план не может сократить 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 сократить 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 вступлении во владение и продаже обремененных активов, может обусловить невозможность осуществления плана. Аналогично, при некоторых обстоятельствах, единственный способ создания возможности для успешной реализации плана может состоять в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором приоритетные кредиторы получат после принятия плана меньшую сумму, чем полная стоимость их требований. Таким образом, перспективы реорганизации могут быть улучшены, если приоритетные кредиторы согласятся на отсрочку платежа и если обеспеченные кредиторы пойдут на будущее изменение условий обеспечения.

331. В той мере, в которой стоимость обремененных активов не будет достаточной для удовлетворения требования обеспеченного кредитора в полном объеме, в ряде законов о несостоятельности предусматривается возможность голосования таких кредиторов вместе с обычными необеспеченными кредиторами на правах, рассчитанных в соответствии с неудовлетворенной частью их требования. В некоторых правовых системах такой порядок вызывает трудные вопросы оценки для определения того, являются ли все обеспеченные кредиторы в действительности обеспеченными и в какой мере они таковыми являются. 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 приоритетного требования и частично требования второго приоритета. Второму кредитору, таким образом, может потребоваться принять участие в голосовании на правах, рассчитанных в соответствии с необеспеченной частью его требования, в то время как третий кредитор окажется полностью необеспеченным. Таким образом, для решения вопроса о том, является ли кредитор обеспеченным и в какой мере он таковым является, имеет важнейшее значение оценка активов, причем решение этого вопроса приобретает большую важность в тех случаях, когда от обеспеченных кредиторов не требуется участия в голосовании по плану (однако предусматривается, что если они примут участие в голосовании, то план приобретает для них обязательную силу), но когда участие в голосовании требуется от необеспеченных кредиторов.

332. [277] Для решения вопроса об участии обеспеченных кредиторов в голосовании по плану реорганизации применяются самые разнообразные подходы. В некоторых законах о несостоятельности устанавливается, что обеспеченные и приоритетные кредиторы в качестве отдельных категорий голосуют по плану, который предусматривает снижение стоимости или ухудшает условия их требований, или требуется получение их согласия на обязательную силу плана иным образом. Согласно этому подходу признается, что соответствующие права и интересы таких кредиторов отличаются от прав и интересов как категории необеспеченных кредиторов, так и в рамках их собственной категории. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы голосуют по категориям, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что в той мере, в которой необходимое большинство голосует за принятие плана, несогласные члены этой категории будут связаны его условиями. Необходимое большинство голосов будет, как правило, таким же, как и большинство, требующееся применительно к принятию плана необеспеченными кредиторами, хотя имеются примеры законов, которые требуют наличия иного большинства голосов в зависимости от порядка, в котором затрагиваются права обеспеченных кредиторов (например, большинство в три четверти требуется в случаях, когда продлевается срок погашения обязательств, и большинство в четыре пятых, когда иным образом сокращаются соответствующие права). В других законах о несостоятельности предусматривается, что план не может быть "навязан" обеспеченным кредиторам, если только на это не получено их согласие.

333. Еще один подход применяется в тех законах о несостоятельности, которые предусматривают, что несогласные обеспеченные кредиторы имеют право на получение по меньшей мере такой же суммы, что и та, которую они получили бы в случае ликвидации, и только если это условие соблюдается, план может быть признан для них обязательным. Согласно альтернативному подходу предусматривается, что они могут быть связаны планом, если только в нем предусматривается осуществление им платежа в размере полного стоимостного объема их обеспечения с процентами в течение определенного срока. В некоторых законах о несостоятельности также предусматривается, что обеспеченные кредиторы могут быть связаны планом в случае, когда суд уполномочен вынести в их отношении такое постановление, если при этом соблюдается ряд условий. К числу таких условий могут относиться следующие: взыскание обеспечения обеспеченным кредитором окажет материальное неблагоприятное воздействие на достижение целей плана; обеспечительные интересы обеспеченного кредитора будут пользоваться достаточной защитой согласно плану; и положение обеспеченного кредитора не будет еще более ухудшено согласно плану или в результате его осуществления (например, будут осуществлены платежи будущих процентов и стоимость обеспечительного интереса не пострадает).

334. При определении того подхода, который следует использовать в этом вопросе, будет важным оценить воздействие желательного решения на доступность и стоимость финансирования сделок под обеспечение, а также добиться максимально возможной определенности и предсказуемости.

c) Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами

335. [278] 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

336. В ряде законов о несостоятельности не предусматривается разделение необеспеченных кредиторов на различные категории, а устанавливается порядок, при котором они голосуют как единая группа. В законодательстве о несостоятельности других стран разделение на категории предусматривается в тех случаях, когда имеется большое количество необеспеченных кредиторов или когда интересы необеспеченных кредиторов различаются с учетом характера их требований. В тех случаях, когда число необеспеченных кредиторов невелико или когда их интересы являются сходными, может и не возникать необходимости в проведении среди них голосования в связи с принятием плана по различным категориям, что позволит упростить процедуру голосования.

337. [281] В странах, где установлены категории обеспеченных и приоритетных кредиторов, 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 шансы на успех реорганизации по меньшей мере в трех отношениях: за счет обеспечения полезного инструмента 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 является, возможно, желательным только в случае существования причин, настоятельно требующих особого режима для некоторых обычных необеспеченных кредиторов, таких как отсутствие общих экономических интересов. К числу критериев, которые могут использоваться для определения общности интересов, могут относиться следующие: характер задолженности, из которой возникают требования; средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении кредиторов в отсутствие плана реорганизации, и степень, в которой кредиторы могут получить возмещение по своим требованиям с помощью использования этих средств; режим требований согласно плану реорганизации; и степень, в которой требования будут оплачены по плану.

ii) Определение категории

338. В некоторых законах о несостоятельности оговаривается порядок определения категорий обычных необеспеченных кредиторов 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 общего интереса или существенного сходства или на основе стоимости требования. В тех случаях, когда используется текст общности или схожести интересов, в распоряжении лица, осуществляющего подготовку плана, могут иметься определенные возможности для проявления гибкости при отнесении требований к той или иной конкретной группе. Согласно другому подходу предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности выносит соответствующие рекомендации суду до проведения голосования кредиторов по принятию плана. Согласно еще одному подходу предусматривается, 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; необеспеченные кредиторы, не удовлетворенные составом категории, могут обратиться за разрешением этого вопроса к суду.

d) Принятие плана акционерами

339. [283] В некоторых законах о несостоятельности предусматривается принятие планов реорганизации акционерами должника, по крайней мере в тех случаях, когда план будет затрагивать корпоративное устройство, структуру капитала или состав участников предприятия должника. Кроме того, от акционеров может ожидаться участие в голосовании в тех случаях, когда некоторые из них получат долю в распределении согласно плану. В тех случаях, когда план предлагается администрацией должника, его условия уже могут быть приняты акционерами (в зависимости от структуры соответствующего предприятия должника такой порядок может требоваться его учредительным документом). Это часто имеет место в тех случаях, когда план непосредственно затрагивает акционеров, если, например, предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал либо посредством передачи имеющихся акций, либо путем выпуска новых акций.

340. [284] В обстоятельствах, когда законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам или управляющим в деле о несостоятельности предлагать план и этот план предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал, в некоторых законах о несостоятельности допускается возможность принятия плана, несмотря на возражения акционеров и независимо от условий учредительного документа предприятия. Результатом осуществления таких планов может быть полная замена существующего состава акционеров без их согласия при условии действия некоторых защитительных мер. Например, в тех случаях, когда план реорганизации предусматривает определенные выплаты акционерам, замены не допускаются.

e) Кредиторы, связанные с должником

341. [285] В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что лица, связанные с должником, не должны принимать участие в голосовании по принятию плана наряду с другими кредиторами и что их голоса не могут быть засчитаны для определенных целей, например для определения того, был ли план принят той категорией

должников, права которых будут уменьшены (когда действует требование о таком принятии). В то же время во многих законах о несостоятельности не содержится специальных положений, регулирующих этот вопрос. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности не имеется таких специальных положений, стороны, связанные с должником, должны участвовать в голосовании в таком же порядке, что и другие кредиторы. На них, однако, будет, как правило, распространяться действие иных положений за пределами законодательства о несостоятельности, которые касаются личных сделок с должником и его коммерческим предприятием.

f) Большинство голосов, требуемое для принятия плана

342. [279] Во многих законах о несостоятельности определяется минимальный уровень поддержки кредиторов, требуемый для принятия плана. Необходимое большинство может рассчитываться самыми различными способами в зависимости от того, проводится ли голосование кредиторов по категориям, и режима таких категорий при определении большинства. В тех случаях, когда кредиторы голосуют не по категориям, большинство может устанавливаться с учетом доли или процентной доли стоимостного объема требований, или общего числа кредиторов, или на основе сочетания этих критериев. Например, согласно некоторым законам требуется, чтобы план был поддержан по меньшей мере двумя третями или тремя четвертями голосов от общего стоимостного объема задолженности и более чем половиной или двумя третями от общего числа кредиторов. Хотя эти доли применяются, как правило, к кредиторам, проводящим голосование по принятию плана, имеются примеры законов, которые определяют такие доли со ссылкой на общий стоимостной объем долга и общее число кредиторов, независимо от их фактического участия в голосовании. Используются также и иные комбинации.

343. [279] Когда кредиторы проводят голосование по категориям, к вопросу о том, принят ли план, также применяются самые различные подходы. Согласно некоторым законам о несостоятельности требуется большинство голосов по каждой категории кредиторов на основе доли или процентной доли стоимости требований или числа кредиторов или на основе сочетания этих критериев. Согласно другим законам устанавливается требуемое большинство кредиторов по каждой категории, а также указывается, в каких случаях план будет считаться принятым большинством категорий. Например, может требоваться простое большинство категорий или в тех случаях, когда план поддерживается меньшинством категорий, он может быть тем не менее навязан несогласным кредитором как в рамках категории, высказавшейся в поддержку плана, так и в рамках категории, не поддержавшей план, при условии что суду будет доказано соблюдение ряда условий (см. разделы "Придание плану обязательной силы в отношении несогласных кредиторов" и "Утверждение плана судом", ниже). Согласно законодательству одной из стран требования, например, делятся на три категории и предусматривается, чтобы план был принят по меньшей мере двумя из этих категорий и чтобы по крайней мере одна из одобривших его категорий не получила бы возмещения своих требований в полном объеме, если бы должник был ликвидирован. Согласно еще одному подходу требуется, чтобы права по крайней мере одной из категорий, принявших план, были уменьшены согласно плану; такой порядок предусматривается для обеспечения того, чтобы план был поддержан не только теми кредиторами, права которых не затрагиваются. Согласно другим законам предусматривается, что поддержка категориями необеспеченных кредиторов не может навязать принятие плана, если против него возражают обеспеченные кредиторы.

344. [279] Процедура, предусматривающая учет как стоимостного объема требований, так и числа кредиторов, хотя она и затрудняет принятие плана, может быть оправданной на том основании, что она защищает коллективную природу производства. Например, если на долю какого-либо кредитора приходится бóльшая часть стоимостного объема долга, такое правило не даст ему возможности навязать план 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 имеются примеры законов, наделяющих кредиторов, на которых приходится более оговоренного процента общего стоимостного объема требований, полномочиями налагать вето на принятие плана или предписывать улучшение условий плана в интересах всех кредиторов. Процедура голосования, которая предусматривает сочетание критериев стоимостного объема требований и числа кредиторов, также воспрепятствует большому числу очень мелких кредиторов навязать свое решение немногочисленным кредиторам, обладающим весьма крупными требованиями. Некоторые законы о несостоятельности содержат 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, 25–30 процентов), суд не проявит готовности к принятию или утверждению плана. Такая процедура может быть также оправдана на том основании, что она помогает обеспечить такую поддержку плана, которая будет достаточной для создания возможностей его успешной реализации.

6. Случаи, когда план представляется кредиторам для принятия, однако не принимается

a) Изменение плана

345. [291] Для случаев, когда голосование по плану реорганизации не дает количества голосов, требуемого для его принятия, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться механизм для внесения в план изменений или его пересмотра кредиторами. Один из подходов может, например, состоять в том, чтобы предоставить кредиторам право объявлять большинством голосов о перерыве 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 в случае других этапов производства по делам о несостоятельности, желательно, чтобы возможность 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) Преобразование процедур

346. [294] Для случаев, когда план реорганизации не принимается и изменение плана не позволит разрешить всех возникших трудностей, в законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться различные подходы в отношении дальнейшего хода производства. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что непринятие плана кредиторами должно считаться указанием на их предпочтение ликвидации и что реорганизационное производство может быть преобразовано в ликвидацию. Этот подход может побуждать должников к предложению приемлемого плана, причем, возможно, целесообразно предусмотреть защитительные положения, направленные на предупреждение злоупотребления этой процедурой в случаях, когда ликвидация отвечает интересам не всех кредиторов. Для тех случаев, когда реорганизационное производство преобразовывается в ликвидацию, в законодательстве о несостоятельности потребуется рассмотреть статус любых действий, предпринимаемых управляющим в деле о несостоятельности до принятия плана, а также вопрос о продолжении применения моратория, особенно в отношении обеспеченных кредиторов, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные предельные сроки (см. Часть вторую, главу III.B.4 *c)* и рекомендацию 40). Согласно другим законам о несостоятельности предусматривается, что реорганизационное производство должно быть прекращено. Этот подход связан с тем недостатком, что должник остается в тяжелом финансовом положении, причем объем долга может увеличиться, а стоимость активов сократиться, а также отсрочивается открытие ликвидационного производства, которое может стать неизбежным.

7. Придание плану обязательной силы в отношении несогласных кредиторов

347. [282] В некоторых странах, в которых предусматривается участие в голосовании обеспеченных и приоритетных кредиторов, 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 некоторым законам, категории обеспеченных и приоритетных кредиторов), 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 обычно наделяется суд, эти вопросы рассматриваются в нижеследующем разделе.

8. Утверждение плана судом

348. [287] 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 включенных в законодательство о несостоятельности положений. В то же время в подобных системах суд может выполнять определенные функции в процессе рассмотрения плана в случаях, когда миноритарные кредиторы возражают как против самого плана, так и против средств, с помощью которых он был принят.

a) Возражение против принятия плана

349. Во многих правовых системах предусматривается возможность внесения на слушаниях, посвященных вопросу об утверждении плана, возражений против его утверждения, а в ряде правовых систем устанавливаются также и основания для возражений. [290] К их числу могут относиться следующие: принятие плана было достигнуто с помощью мошеннических действий (например, представление ложной или вводящей в заблуждение информации или утаивание существенной информации в отношении плана реорганизации); 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 ходе проведения собрания, на котором осуществлялось голосование; предложения, включенные в план, были выдвинуты в ненадлежащих целях; план не является реально осуществимым (например, для успешного осуществления плана требуются обремененные активы, однако обеспеченные кредиторы не связываются планом и не было достигнуто согласия с соответствующими обеспеченными кредиторами в том, что касается принудительного взыскания 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, если только они не согласились на получение худших условий согласно плану); или предложение наносит несправедливый ущерб интересам лица, представившего возражение. Поскольку, по всей вероятности, процедуры реорганизации нанесут тот или иной ущерб интересам всех кредиторов, как правило, потребуется выполнение критерия, состоящего в том, что уровень ущерба или вреда превышает такой же уровень для других кредиторов или категорий кредиторов. Когда оспаривающий план кредитор голосовал за его принятие, основания для оспаривания могут ограничиваться, например, ссылками на мошенничество или другие нарушения. Для случаев, когда ходатайство об оспаривании плана удовлетворяется, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться, что план должен быть пересмотрен кредиторами или аннулирован.

b) Действия, требуемые в связи с утверждением плана судом

350. [288] 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 необходимым 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 принятия плана. 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 решение кредиторов было принято в надлежащем порядке (т. е. не имеется свидетельств о мошенничестве в процедурах принятия) и чтобы были выполнены определенные

условия. К числу таких условий могут относиться, например, следующие: категории кредиторов, возражающие против плана, примут участие в долевом распределении экономических выгод согласно плану; ни один кредитор не получит больше, чем полный стоимостной объем его требования; планом признается обычная очередность требований; и кредиторы, находящиеся в аналогичном положении, пользуются равным режимом (несомненно, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что кредиторы могут согласиться на отказ от обычной очередности требований и от равного режима для кредиторов, находящихся в аналогичном положении). Согласно некоторым законам от суда может также требоваться оценка дополнительных вопросов, например, что план носит справедливый характер в отношении тех категорий, которые его приняли, но права которых уменьшаются согласно плану, и что интересы несогласных категорий кредиторов должным образом защищены (поскольку, например, они получат по плану столько же, сколько получили бы в случае ликвидации, если только они не согласились на худший режим согласно плану).

351. [289] Согласно некоторым законам о несостоятельности суду предоставляется право отклонить план на основании его нереальности или невозможности осуществить. Такой порядок может быть оправдан, например, в тех случаях, когда план не связывает обеспеченных кредиторов, но не предусматривает также и полного удовлетворения обеспеченных требований таких кредиторов. 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 может быть учтен в положениях, касающихся подготовки и принятия плана.

352. 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. [289] Желательно, в частности, чтобы от суда не требовалось рассмотрения экономических или коммерческих соображений, лежащих в основе решения кредиторов, если только он не обладает соответствующей компетенцией и опытом, а также не требовалось рассмотрения конкретных аспектов плана с точки зрения их экономической осуществимости, если только уровень компетенции судей не позволяет сделать это. По этим причинам желательно тщательно проработать требования к принятию плана, с тем чтобы свести к минимуму возможность возникновения проблем после выполнения этих требований.

9. Последствия плана

353. [286] Для тех случаев, когда план принят необходимым большинством кредиторов и, если это требуется, утвержден или одобрен 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, выступивших против, и кредиторов, не принимавших участие в голосовании по плану. В некоторых законах о несостоятельности также предусматривается, что план будет иметь обязательную силу для директоров, акционеров и участников предприятия должника, а также других сторон, определенных судом. В некоторых законах о несостоятельности оговаривается, что стороны, которые связаны планом, не имеют права обращаться к суду с ходатайством о ликвидации должника (за исключением случаев, когда осуществление плана срывается или когда должник не исполняет обязательств, предусмотренных планом), возбуждать или продолжать юридические действия в отношении должника или продолжать меры по взысканию без согласия суда. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что после принятия плана кредиторами или его одобрения или подтверждения судом (когда это требуется) имущество, входящее в имущественную массу, 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

354. [290] Во многих законах о несостоятельности предусматривается возможность оспаривания плана после проведения слушаний о его утверждении (в ряде случаев – в течение оговоренного срока). Основания для оспаривания после утверждения могут быть более ограниченными, чем основания для оспаривания в момент утверждения и сводиться, например, к доказыванию мошеннических действий. Для тех случаев, когда ходатайство об оспаривании уже утвержденного плана удовлетворяется, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться одно из ряда возможных решений, заключающееся, например, в том, что план будет аннулироваться и производство будет преобразовано в ликвидацию или что должник будет оставлен в тяжелом финансовом положении и активы будут возвращены под его контроль. Последний подход не позволяет урегулировать тяжелое финансовое положение должника и может просто привести к отсрочиванию открытия ликвидационного производства и к дальнейшему сокращению стоимости активов должника. При определении наиболее уместного варианта действий в подобных обстоятельствах необходимо учитывать ту степень, в которой план может быть уже фактически осуществлен, и тот порядок, который должен быть применен в отношении мер, принятых в ходе осуществления, таких как платежи кредиторам.

11. Изменение плана после принятия кредиторами (и утверждения судом)

355. [292] В законодательстве о несостоятельности может содержаться положение о внесении изменений в план после его принятия, если его реализация срывается или сочтена невозможной. Из числа тех законов о несостоятельности, которые допускают внесение изменения, некоторые предусматривают возможность изменения плана, если предложенные изменения наилучшим образом отвечают интересам кредиторов. Согласно другим законам 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.

356. В зависимости от характера изменений может и не возникать необходимости в получении согласия всех категорий кредиторов, а только тех категорий, которые затронуты соответствующими изменениями. Поскольку в ряде случаев получение такого согласия может вызвать трудно-

сти, возможно, уместно использовать один из альтернативных подходов. К их числу может относиться вариант, предусматривающий, что незначительные изменения могут приниматься судом и что кредиторы, высказавшиеся за принятие плана, должны уведомляться о предложенных изменениях и могут выдвинуть возражения против этих изменений в течение оговоренного срока, или в противном случае они будут считаться согласившимися с изменениями. Аналогичный подход может быть использован в отношении кредиторов, высказавшихся против принятия плана. Когда предложенное изменение является существенным, может действовать требование о получении согласия всех кредиторов. [292] В случаях, когда первоначальный план был утвержден судом, может также требоваться утверждение и вносимых в план изменений.

12. Осуществление плана

357. [293] Во многих случаях планы могут быть осуществлены должником без необходимости в дальнейшем вмешательстве суда или управляющего в деле о несостоятельности. Однако иногда может возникать необходимость в надзоре или контроле за осуществлением плана со стороны независимого лица. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что надзорные функции суда в отношении должника сохраняются и после принятия и утверждения плана, вплоть до его полного осуществления. Это может иметь важное значение в случае возникновения проблем толкования в связи с вопросами исполнения или характера обязательств должника или других лиц. В некоторых странах суду разрешается выносить решение о сохранении – в различной степени – надзора над операциями должника со стороны надзорного органа или управляющего в деле о несостоятельности после утверждения плана.

13. Случаи срыва осуществления плана

358. Для случаев, когда должник не выполняет своих обязательств по реализации плана или осуществление плана срывается по каким-либо иным причинам, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что осуществление плана прекращается и должник ликвидируется. Применительно к такой ликвидации в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что требования кредиторов, которым мог быть нанесен ущерб в ходе реорганизации, восстанавливаются до их полного объема. Согласно другим законам предусматривается, что план будет прекращаться только в отношении нарушенного обязательства (и в иных отношениях сохранять силу). Затронутый кредитор будет более не связан планом и его требование будет восстановлено в полном объеме. В ряде случаев такая ситуация возникает, если должник существенно задерживает реализацию плана[1]. В некоторых странах последствия неисполнения могут оговариваться в самом плане.

359. [295] Преобразование процедур в ликвидацию обеспечит определенность относительно 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. Другой подход мог бы состоять в том, чтобы считать производство по делу о несостоятельности завершенным и разрешить кредиторам предпринимать индивидуальные действия. 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 такой план не может быть подготовлен. Необходимо признать, что в тот или иной момент равновесие между соображениями обеспечения достижения наилучших результатов для всех кредиторов и необходимостью принятия практически возможных решений может быть нарушено 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

360. [296] В ходе реорганизационного производства могут возникнуть некоторые обстоятельства, на случай которых в законодательстве о несостоятельности было бы желательно предусмотреть механизм преобразования процедур в ликвидацию. Помимо обстоятельств, возникающих в случае невозможности добиться принятия плана реорганизации или невыполнения должником его обязательств по реализации плана, было бы, возможно, уместно предусмотреть преобразование в случаях, когда установлено отсутствие разумной вероятности успешной реорганизации коммерческого предприятия или когда становится очевидно, что должник злоупотребляет реорганизационными процедурами и не проявляет готовности к сотрудничеству с управляющим в деле о несостоятельности (например, утаивает информацию) или предпринимает иные недобросовестные действия (например, совершает мошеннические переводы средств), или когда предприятие продолжает нести убытки, или не оплачиваются административные расходы. 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, желательно разрешить кредиторам или комитету кредиторов (если он учрежден) обращаться к суду, 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, например следующие […].

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся плана реорганизации, заключаются в следующем:

a) облегчить спасение предприятий ~~находящихся в тяжелом финансовом положении~~ на основе применения законодательства о несостоятельности, что позволит защитить инвестиции и сохранить рабочие места;

b) способствовать максимальному повышению стоимости имущественной массы;

[1] Согласно законодательству одной из стран для этого необходимо наличие требования кредитора об уплате причитающихся средств и неспособности должника удовлетворить это требование в течение минимального срока, составляющего по меньшей мере две недели.

c) способствовать переговорам по плану реорганизации и его утверждению, а также предусмотреть последствия утверждения, включая механизм, обеспечивающий обязательную силу принятого плана для всех кредиторов и других заинтересованных сторон;

d) урегулировать последствия непредставления приемлемого плана реорганизации или неспособности добиться принятия плана кредиторами, включая случаи преобразования производства в ликвидацию при определенных обстоятельствах;

e) предусмотреть условия осуществления плана реорганизации, включая вопросы погашения долгов и требований, и последствия невыполнения.

Содержание законодательных положений

Подготовка плана – сроки

(121) [(125)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что план реорганизации [готовится] [представляется] при подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или после подачи такого заявления, или в течение ~~но не позднее конца~~ оговоренного срока после открытия производства по делу о несостоятельности.

a) Срок ~~может быть определен судом или, альтернативно~~, устанавливается законодательством о несостоятельности.

b) Суду должно быть разрешено продлевать срок при определенных обстоятельствах.

Подготовка плана – ответственные стороны

(122) [(126)] Законодательство о несостоятельности должно указывать стороны, ~~ответственные за подготовку~~ [которым разрешается] [которые могут] предлагать план реорганизации для принятия кредиторами.

(123) [(127)] В вопросе о подготовке плана реорганизации законодательство о несостоятельности должно использовать гибкий подход, предусматривающий возможности для участия всех сторон, играющих центральную роль в производстве по делу о несостоятельности, т. е. должника, кредиторов и [хотя и необязательно будет наносить ущерб и изменять права каждой категории кредиторов] управляющего в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности может предусматривать сочетание различных элементов:

a) одной стороне может предоставляться исключительный срок для предложения плана. С тем чтобы поощрить должников к подаче заявлений об открытии производства на раннем этапе финансовых трудностей, такая возможность [может] [должна] предоставляться должнику. Сторона, которой предоставляется исключительный срок, может быть обязана проводить консультации с другими сторонами, с тем чтобы обеспечить предложение наиболее приемлемого плана;

b) в случае, если в течение исключительного срока ~~приемлемого~~ 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 необходимо [например, докажет, что задержка была оправданной и что существуют реальные перспективы успешной реорганизации].

Содержание плана

(124) [(128)] Законодательство о несостоятельности должно оговаривать минимальное содержание плана реорганизации, включая следующее:

a) категории кредиторов и режим, соответственно предоставляемый каждой из них согласно плану (например, размер причитающегося и сроки платежей);

b) условия плана, включая следующее:

i) режим в отношении контрактов, включая трудовые контракты;

ii) роль должника в осуществлении плана, в том числе вопросы контроля над активами;

c) средства осуществления плана, которые могут включать:

i) возможность продажи всего или части предприятия должника;

ii) предлагаемые изменения в структуре капитала предприятия должника;

iii) изменения в уставных документах должника;

iv) слияние должника с одним или несколькими лицами или его консолидация;

v) отсрочка даты погашения обязательств или изменение процентных ставок или других условий сохраняющегося обеспечения;

vi) распределение всех или части активов имущественной массы среди тех, кто имеет интерес в этих активах;

vii) идентификация лиц, несущих ответственность за будущее управление предприятием;

viii) надзор за осуществлением плана.

[Разъяснительное] заявление [раскрывающее информацию]

(125) [(129)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать требование о том, чтобы план реорганизации, представляемый на утверждение кредиторам, сопровождался [разъяснительным] заявлением [раскрывающим информацию], которое позволит кредиторам принять информированное решение относительно плана. Это заявление должно быть подготовлено той же стороной, что и сторона, подготовившая план реорганизации, должно быть представлено кредиторам одновременно с представлением плана реорганизации и должно включать следующее:

a) финансовое положение должника, включая ведомости активов и обязательств и ведомости движения наличных средств;

b) сопоставление режима, предусматриваемого для кредиторов согласно плану, с теми суммами, которые они в противном случае получат в результате ликвидации;

c) основу, на которой 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 поток наличных средств должника позволит ему оплачивать свои [долги с наступившим сроком погашения] [долги, как это предусмотрено планом].

Представление плана и [разъяснительного] заявления [раскрывающего информацию]

(126) Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм для представления плана реорганизации и [разъяснительного] заявления [раскрывающего информацию] кредиторам.

Механизмы голосования

(127) [(130)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм проведения голосования по принятию плана реорганизации. Этот механизм должен регулировать такие вопросы, как круг кредиторов, которые должны принять участие в голосовании по плану; способ проведения голосования, либо на собрании кредиторов, созванном для этой цели, либо путем проведения голосования по почте или с помощью других средств, включая электронные, и использования доверенных лиц; и вопрос о том, должны ли кредиторы голосовать по категориям согласно их соответствующим правам или в качестве общей совокупности кредиторов.

Принятие плана кредиторами конкретных категорий

(128) [(131)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать большинство, требуемое для принятия плана реорганизации той или иной конкретной категорией кредиторов. В тех случаях, когда необходимое большинство кредиторов этой категории голосует в поддержку плана, вся эта категория кредиторов рассматривается как поддерживающая план. Это большинство должно ограничиваться теми кредиторами, которые фактически приняли участие в голосовании будь то лично или через доверенных лиц. Устанавливать требование о единогласии или простом большинстве на основе числа кредиторов не рекомендуется. Альтернативные подходы могут включать пропорциональное сочетание критериев числа кредиторов, участвующих в голосовании, и суммы требований, например простое большинство на основе числа кредиторов, участвующих в голосовании, в сочетании с простым или более значительным большинством (например, большинством в две трети) в расчете по сумме требований голосующих.

Принятие большинством категорий кредиторов

(129) Для тех случаев, когда кредиторы голосуют по принятию плана реорганизации по категориям, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться требование о принятии оговоренным большинством категорий.

(130) [(132)] В законодательстве о несостоятельности должен регулироваться вопрос о режиме тех категорий кредиторов, которые не проголосовали в поддержку плана реорганизации, в тех случаях, когда план удовлетворяет требованиям к принятию и принят необходимым большинством голосов.

Возражения против принятия

(131) [(135)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать заинтересованным сторонам, включая должника, возражать против принятия плана реорганизации до его утверждения или вступления в силу иным образом в отношении кредиторов ~~а также оговаривать момент, когда такое оспаривание может быть осуществлено~~. В законодательстве могут указываться критерии для оценки возражений, включая следующие:

a) в процессе принятия плана имелись нарушения;

b) кредиторы не получат согласно плану по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не соглашаются на худший режим; или

c) план содержит положения, запрещенные законом.

Последствия плана

(132) В законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться, что принятый план реорганизации будет иметь обязательную силу для должника, кредиторов, акционеров и любых других лиц [указанных в плане], либо в силу действия законодательства о несостоятельности, либо в результате утверждения плана судом.

Утверждение плана

(133) [(133)] В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает утверждение плана реорганизации судом, суд должен ~~отказывать в утверждении~~ утверждать план, если:

a) требования законодательства о несостоятельности в отношении уведомления об открытии производства, подготовки и представления плана и заявления, раскрывающего информацию, а также принятия плана соблюдены ~~в процессе принятия плана имелись нарушения~~;

b) план не содержит положений, запрещенных законом;

c) кредиторы получат согласно плану по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не согласились на худший режим.

Внесение изменений в план после принятия [после утверждения]

(134) [(136)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать ограниченные возможности для внесения изменений в план реорганизации, оговаривать стороны, которые могут предлагать изменения, и момент, когда в план могут быть внесены изменения. Ограниченные обстоятельства, при которых допускается внесение изменений в план, могут включать случаи, когда после принятия [и утверждения] плана его осуществление срывается или план сочтен невозможным для реализации полностью или частично и эти недостатки могут быть легко устранены.

Принятие изменений

(135) [(136)] Законодательство о несостоятельности должно регулировать механизм принятия изменений плана. ~~Исправленный план должен подлежать~~ Этот механизм может требовать направления уведомлений кредиторам и принятия ими, а также соблюдения правил для утверждения или [*другие требования?*].

Оспаривание плана после утверждения [в ходе осуществления]

(136) В законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться возможности оспаривания плана после его утверждения на основе нарушений в процессе принятия, достижения принятия с помощью мошеннических действий или [*иные основания?*].

Надзор за осуществлением

(137) [(137)] В законодательстве о несостоятельности может предусматриваться механизм для надзора за осуще-

ствлением плана, включая надзор со стороны суда или назначенного судом контролера, управляющего в деле о несостоятельности или контролера, назначенного кредиторами.

Срыв осуществления

(138) [(138)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что в случае, если осуществление плана реорганизации срывается и в план не могут быть внесены изменения, производство должно преобразовываться в ликвидацию. Платежи, произведенные в ходе осуществления плана, должны быть защищены от применения полномочий по расторжению в рамках любой последующей ликвидации.

~~*a)* план может быть прекращен; и~~

~~*b)* если реорганизационное производство не закрыто, производство может быть преобразовано в ликвидацию.~~

~~*Закрытие [и новое открытие] производства*~~

~~(139) После того как управление имущественной массой полностью завершено [и управляющий в деле о несостоятельности освобожден от его обязанностей] суд должен закрыть производство.~~

~~(140) *[новое открытие]*~~

B. (Упрощенное) реорганизационное производство [Признание плана реорганизации, подготовленного и согласованного до открытия реорганизационного производства]

1. Введение

361. Как об этом говорилось в Части первой настоящего Руководства, реорганизация может принимать различные формы, включая главным образом реорганизацию, проводимую под официальным надзором суда или административного органа (основной вид реорганизации, рассматриваемый в настоящем Руководстве), и неофициальную или внесудебную реорганизацию (иногда называемую добровольной реорганизацией), которая не требует или практически не требует вмешательства суда и зависит в основном от согласия участвующих сторон. В силу того, что использование внесудебных реорганизационных процедур позволяет избежать многочисленных расходов, задержек, а также необходимости соблюдения процессуальных юридических требований официального реорганизационного производства, такие процедуры часто могут быть наиболее эффективным средством урегулирования финансовых трудностей должника [A/CN.9/507, пункт 244]. В этом качестве подобные процедуры могут быть ценным инструментом в наборе процедур несостоятельности, предусматриваемом для национального коммерческого и делового сектора.

362. [507/пункт 244] Поощрение использования внесудебной реорганизации не обязательно должно вытекать из того факта, что существующая в той или иной стране официальная система урегулирования дел о несостоятельности является плохо разработанной, неэффективной или ненадежной; такое поощрение обусловливается, скорее, преимуществами, которые могут быть созданы такой реорганизацией в дополнение к функционированию официальной системы урегулирования дел о несостоятельности, обеспечивающей справедливость и определенность.

2. Внесудебная реорганизация

a) Кредиторы, обычно участвующие в процедурах

363. [507/пункт 244] Внесудебная реорганизация, как правило, предполагает проведение переговоров между должником и одной или несколькими категориями кредиторов, такими как ссудодатели, держатели денежных обязательств и акционеры. Кроме того, в таких процедурах 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 часто считают участие во внесудебной реорганизации выгодным, поскольку это предоставляет потенциальные возможности для снижения потерь, которые они в противном случае понесли бы при полномасштабном производстве по делу о несостоятельности под надзором суда.

364. Ограниченность категорий кредиторов, которые обычно принимают участие во внесудебных процедурах, упрощает завершение таких процедур по сравнению с полномасштабной реорганизацией под надзором суда, которая обычно затрагивает все требования, включая торговые, трудовые и правительственные. [507/пункт 244] При внесудебной реорганизации обычным является такой порядок, при котором эти категории неинституциональных кредиторов продолжают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций. В силу этого подобные кредиторы вряд ли будут выдвигать какие-либо возражения против предложенной реструктуризации и, таким образом, им не требуется право голоса для участия в этих процедурах. В то же время в тех случаях, когда такие кредиторы не получают или прекращают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций, они будут иметь право возбудить полномасштабное производство на основании законодательства о несостоятельности.

b) Препятствия для достижения консенсуса

365. Внесудебной реорганизации часто препятствует право отдельных кредиторов предпринять действия по взысканию и необходимость единогласного согласия кредиторов на изменение условий выплаты определенных категорий долгов. Эти проблемы во много раз обостряются в контексте сложных многонациональных коммерческих предприятий, когда получить согласие всех заинтересованных сторон особенно сложно. Для оказания помощи проведению внесудебных реорганизаций Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) разработала *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. [A/CN.9/WG.V/WP.55, пункт 10]. Эти Принципы предназначены для упрощения внесудебных процедур и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил (текст этих Принципов см. …).

366. Внесудебной реорганизации может также воспрепятствовать меньшинство затронутых кредиторов, которые могут отказаться дать согласие на реорганизацию, наилучшим образом отвечающую интересам большинства кредиторов, с тем чтобы воспользоваться своим положением для получения лучших условий за счет других сторон (такая практика часто называется "отказом от участия в процедурах"). В случаях такого отказа от участия осуще-

ствление достигнутого соглашения может быть начато только при наличии определенных средств для изменения договорных прав таких несогласных кредиторов без их согласия. [507/пункт 244]. Согласно большинству существующих правовых систем такое изменение договорных прав требует преобразования внесудебной реорганизации в полномасштабное реорганизационное производство согласно законодательству о несостоятельности под надзором суда и участия всех кредиторов при соблюдении установленных стандартов, должным образом защищающих интересы несогласных кредиторов. В делах, связанных с коммерческой реорганизацией, важнейшую роль, как правило, играет вопрос о сроках, и задержки (обычно характерные для полномасштабного производства по делу о несостоятельности под надзором суда) часто могут вызывать большие затраты или даже стать губительными для эффективной реорганизации. В силу этого важно, чтобы суд имел возможность использовать результаты любой работы и переговоров, проведенных до открытия реорганизационного производства согласно законодательству о несостоятельности, и чтобы законодательство о несостоятельности разрешало суду упростить такое реорганизационное производство.

3. Процедуры для признания плана реорганизации, подготовленного и согласованного вне суда

367. В этих случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает признание плана, подготовленного и согласованного до открытия реорганизационного производства согласно законодательству о несостоятельности, а также предусматривает упрощенный порядок такого реорганизационного производства, возможно, потребуется рассмотреть такие вопросы, как определение должников, к которым могут применяться соответствующие положения, и сторон, которые могут быть затронуты такими процедурами.

a) Должники, которые могут воспользоваться такими процедурами

368. Возможность обращаться к таким процедурам может быть предусмотрена, например, для любого должника, состояние дел которого свидетельствует о неизбежной несостоятельности, но который не осуществил общего прекращения платежей, который находится в состоянии временной несостоятельности или в положении, когда он может продолжать осуществление платежей коммерческим кредиторам в ходе обычных коммерческих операций, однако согласован мораторий, позволяющий ему реорганизовать финансовую задолженность. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности устанавливается обязательство возбудить производство по делу о несостоятельности в случаях, когда должник отвечает оговоренным критериям применительно к финансовому положению (например, когда имеет место общее прекращение платежей), может потребоваться рассмотреть вопрос о введении исключения для тех процедур, которые описываются в настоящем разделе, или о возможности введения временного моратория, который позволит должнику избежать такого положения, при котором эти критерии будут удовлетворены (и избежать таким образом санкций за неисполнение обязанности представить заявление о возбуждении производства). [Для тех случаев, когда план готовится и согласовывается должником и кредиторами, в рассмотрении вопроса о возможности обращения кредиторов за возбуждением таких процедур необходимости не имеется.]

b) Затрагиваемые обязательства

369. Как это отмечалось выше, виды обязательств, которые, как правило, затрагиваются внесудебной реорганизацией, связаны с задолженностью по заемным денежным средствам, как институциональной, так и публичной, как обеспеченной, так и необеспеченной, и другими аналогичными финансовыми обязательствами. Обеспеченная задолженность будет охватываться такими реорганизациями с согласия обеспеченных кредиторов. Задолженность перед другими кредиторами, такими как коммерческие кредиторы и работники, как правило, затрагиваться не будет, за исключением случаев их индивидуального согласия на изменение своих требований. Конкретные затрагиваемые обязательства в любом отдельном случае будут теми обязательствами, которые определяются в плане, подлежащем реализации согласно подобным процедурам.

c) Применение законодательства о несостоятельности

370. Помимо определения тех должников, которые могут обращаться к подобным процедурам, и решения вопроса о лицах, которые могут ходатайствовать об их возбуждении, в рамках режима, предусматривающего возможность применения подобных процедур, 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. Таким образом, например, положения, которые в целом будут применяться к этому виду процедур в том же порядке, как и в случае полномасштабного производства под надзором суда (если они не будут специально изменены), могут включать положения по следующим вопросам: процедура подачи заявлений; открытие производства; применение моратория; требования о подготовке списка всех кредиторов (с тем чтобы проинформировать суд и дать возможность направления уведомлений и обеспечить определенность применительно к тому, кто будет охватываться планом, а кто нет); требования в отношении принятия плана (включая направление уведомлений всем затронутым кредиторам, определение категорий кредиторов, создание комитетов кредиторов, установление критериев и требований о большинстве применительно к принятию плана); последствия и утверждение плана; и погашение требований.

371. Положения законодательства о несостоятельности, которые могут не применяться к подобным процедурам, будут включать нормы по следующим вопросам: требования об общем прекращении платежей или наступлении неплатежеспособности; назначение управляющего в деле о несостоятельности, если только такое назначение не предусматривается планом; представление требований; требования об уведомлении и сроке применительно к принятию плана (когда они предусматриваются законодательством о несостоятельности); и голосование по плану. Еще одно важное исключение из применения общего законодательства о несостоятельности будет состоять в том, что кредиторы, не затронутые планом, во время этих процедур могут продолжать получать платежи в ходе обычных коммерческих операций.

372. Требования к заявлению о возбуждении этого вида процедур должны, возможно, несколько отличаться от норм, действующих в случае заявления о возбуждении полномасштабного производства под надзором суда, с тем чтобы учесть различные основополагающие соображения.

Такое заявление может, например, включать дополнительную информацию относительно уже проведенных переговоров и результатов голосования, затронутых классов кредиторов, а также о тех защитных мерах, которые предусмотрены для несогласных кредиторов в рамках категорий, выразивших свое согласие на план. В законодательстве о несостоятельности, возможно, также потребуется регулировать вопрос о том, будет ли подача заявления обусловливать автоматическое открытие производства или же будет требоваться рассмотрение заявления судом; в случае действия требования о рассмотрении судом желательно предусмотреть как можно более короткий срок для такого рассмотрения.

d) Упрощение процедур

373. С тем чтобы в полной мере использовать преимущества соглашения, достигнутого вне суда, и избежать задержек, которые могут привести к невозможности осуществления этого соглашения, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется рассмотреть порядок, который позволит принимать решения, необходимые в связи с этими процедурами, в более быстрые сроки, чем в случае полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда. [507/пункт 244 *a)*] Например, если план и другая документация, отвечающая формальным требованиям законодательства о несостоятельности, были согласованы в неофициальном порядке и поддерживаются значительным большинством, то суду может быть предоставлено право принять постановление о немедленном проведении собрания или слушаний, как это уместно, что позволит сократить затраты времени и средств. [507/пункт 244 *b)*] Может быть также предусмотрена возможность освобождения от необходимости соблюдения части требований официального производства. Например, если неофициальный план был согласован таким большинством кредиторов конкретной категории, которое достаточно для принятия плана реорганизации согласно предусматриваемым в законодательстве о несостоятельности требованиям к голосованию – каковой категорией будут, как правило, институциональные кредиторы, – и если правам других кредиторов не будет нанесено ущерба осуществлением плана, суду может быть предоставлено право принять постановление о проведении совещания или слушаний только с участием этой категории кредиторов, одобрившей план.

374. [507/пункт 244] Даже если в законодательстве о несостоятельности будет предусматриваться возможность для упрощенного рассмотрения случаев, отвечающих установленным критериям, весьма желательным будет являться такой порядок, который предоставит несогласным кредиторам [кредиторам, не давшим своего согласия] и другим сторонам не меньшую защиту в соответствии с подобными процедурами, чем защита, обеспечиваемая таким несогласным кредиторам в соответствии с законодательством о несостоятельности при полномасштабном реорганизационном производстве под надзором суда. Процессуальные требования для таких (упрощенных) реорганизационных процедур будут содержать, таким образом, по сути те же гарантии и защитные меры, что и в случае полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда.

375. [507/пункт 244] Для поощрения или учета потребностей как внесудебной реорганизации, так и этого вида [упрощенных] реорганизационных процедур может потребоваться внесение изменений в другие законы. В числе примеров таких законов можно было бы привести нормы, требующие единогласного согласия на корректировку задолженности вне рамок производства по делу о несостоятельности; предусматривающие ответственность директоров за коммерческие операции, осуществляемые в течение периода проведения переговоров по внесудебной реорганизации; не признающие обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода или распространяющие на эти обязательства действие полномочий на расторжение; и ограничивающие возможность обмена задолженности на акционерный капитал.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся процедур несостоятельности, которые представляют собой сочетание внесудебных переговоров и принятие плана реорганизации с упрощенной процедурой, проводимой согласно законодательству о несостоятельности для утверждения этого плана судом, заключаются в следующем:

a) признать, что внесудебная реорганизация, которая обычно предусматривает реструктуризацию задолженности, причитающейся ссудодателям и другим институциональным кредиторам, а также крупным неинституциональным кредиторам, когда участие имеет жизненно важное значение для реструктуризации, но которая не связана с участием всех категорий кредиторов, представляют собой эффективный с точки зрения затрат и действенный инструмент для спасения предприятий, находящихся в тяжелом финансовом положении;

b) поощрить и облегчить использование внесудебной реорганизации;

c) разработать согласно законодательству о несостоятельности процедуру, которая будет:

i) сохранять выгоды внесудебных переговоров по реорганизации, когда большинство каждой затронутой категории кредиторов [и держателей акций] выражает согласие с планом реорганизации;

ii) сводить к минимуму задержки и расходы и обеспечивать сохранение соглашения, достигнутого в ходе внесудебных переговоров;

iii) иметь обязательную силу для того меньшинства каждой затронутой категории кредиторов [и держателей акций], которое не согласно с планом реорганизации, согласованным во внесудебном порядке;

iv) основываться на тех же процессуальных требованиях, однако при сокращенных сроках, что и полномасштабное реорганизационное производство согласно законодательству о несостоятельности, включая по сути такие же гарантии для затронутых несогласных кредиторов;

d) признать, что требования других законов могут не разрешать или запрещать использование процедур, которые не содержат ссылок на требования законодательства о несостоятельности, такие как требования о единогласном согласии на корректировку задолженности вне производства по делу о несостоятельности, об ответственности директоров, если должник продолжает коммерческие операции в течение периода проведения

переговоров по внесудебной реорганизации, требования, не признающие обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода, и ограничивающие возможности обмена задолженности на акционерный капитал.

Содержание законодательных положений

Открытие (упрощенного) реорганизационного производства

(139) [(141)] ~~Должник [который имеет право на это согласно законодательству о несостоятельности] может подать заявление об открытии упрощенного реорганизационного производства [для осуществления~~] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать возможность применения этого вида процедур по заявлению любого должника [который не является физическим лицом], который не способен уплатить свои долги при наступлении сроков их погашения (но который не объявил об общем прекращении платежей), если был подготовлен план реорганизации, принятый большинством голосов каждой затронутой категории кредиторов [и держателей акций] и каждым затронутым кредитором, не входящим в какую-либо категорию для голосования, до подачи заявления об открытии реорганизационного производства.

Требования к подаче заявлений

(140) [(142)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что в случае, когда должник может выполнить требования рекомендации 139 и юрисдикционные требования к открытию полномасштабного реорганизационного производства согласно законодательству о несостоятельности, заявление об открытии этого вида производства должно сопровождаться следующими дополнительными материалами:

a) план реорганизации и [разъяснительное] заявление [раскрывающее информацию];

b) описание внесудебной реорганизационной деятельности, предшествовавшей подаче заявления об открытии производства, включая [доказательства] представление всем членам затронутых категорий кредиторов надлежащего уведомления и представление достаточной информации затронутым кредиторам [и держателям акций], с тем чтобы позволить им принять обоснованное решение относительно плана [или резюме такой информации];

c) заверение в том, что незатронутые кредиторы получают платежи в ходе обычных коммерческих операций и что план не изменяет права или требования [фискальных] [налоговых] властей или работников или не наносит ущерба таким требованиям;

d) отчет о голосовании затронутых категорий кредиторов [и держателей акций], свидетельствующий о том, что эти категории приняли план реорганизации большинством голосов, оговоренным в законодательстве, регулирующем вопросы реорганизации;

e) отчет о принятии плана любыми индивидуальными кредиторами, не являющимися членами какой-либо затронутой категории;

f) финансовый анализ, подготовленный [должником] [независимым экспертом] [или другие приемлемые для суда доказательства], [который свидетельствует] [которые свидетельствуют] о том, что план реорганизации практически осуществим [и что несогласные кредиторы получат по меньшей мере столько же, сколько они получили бы в случае ликвидационного производства согласно законодательству о несостоятельности]; и

g) список членов любого комитета кредиторов, сформированного в ходе внесудебной реорганизации.

Последствия открытия производства

(141) [(143)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что [заявление] [решение по заявлению] об открытии производства будет [действовать в качестве автоматического открытия производства] [будет принято судом в скорейшие возможные сроки] и что:

a) последствия открытия производства должны ограничиваться должником, индивидуальными кредиторами и категориями кредиторов [и держателей акций] [теми сторонами], права которых изменены или которые затронуты планом;

b) любой комитет кредиторов, сформированный в ходе внесудебной реорганизации, должен рассматриваться как комитет кредиторов, назначенный согласно законодательству о несостоятельности;

c) положения законодательства о несостоятельности, которые применяются к полномасштабному реорганизационному производству, должны также применяться к данному виду реорганизационного производства ~~упрощенному реорганизационному производству~~, если только не будет указано на то, что они неприменимы[2]; и

d) слушания по утверждению плана реорганизации должны быть проведены в скорейшие возможные сроки.

Уведомление об открытии производства

(142) [(144)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что уведомление об открытии этого вида реорганизационного производства должно быть оперативно направлено всем известным кредиторам [и держателям акций] и должно:

a) указывать, на основе представленной должником информации, сумму требования каждого затронутого кредитора;

b) указывать срок для представления требований на иную сумму, если затронутый кредитор не согласен с суммой требования, заявленной должником, и оговаривать место, в котором такое требование может быть представлено; и

c) указывать время и место проведения слушаний по утверждению плана реорганизации или для представления любых возражений против такого утверждения.

Утверждение плана

(143) [(145)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суд ~~должен утвердить~~ будет утверждать план реорганизации, если он установит, что:

---

[2] Положения законодательства о несостоятельности, которые будут неприменимыми, могут включать следующее: требование о неплатежеспособности должника; полная регистрация требований; требования к уведомлению и сроки для принятия плана; механизмы голосования; назначение управляющего в деле о несостоятельности только если это требуется планом; положения о внесении в план исправлений после утверждения; и […]. Исключение из действия законодательства о несостоятельности будет состоять в том, что кредиторы, не затронутые планом реорганизации, во время осуществления этого плана будут получать платежи в ходе обычных коммерческих операций.

a) план удовлетворяет требованиям к утверждению плана, действующим в рамках полномасштабного ~~не упрощенного~~ реорганизационного производства под надзором суда, в той мере, в которой эти требования применяются к затронутым кредиторам [и держателям акций];

b) уведомление и информация, предоставленные затронутым кредиторам [и держателям акций] в ходе внесудебной реорганизации, была достаточной для того, чтобы позволить им принять обоснованное решение относительно плана [или любые запрошенные до открытия производства выражения согласия с планом отвечают применимым нормам за пределами законодательства о несостоятельности];

c) финансовый анализ, представленный вместе с заявлением, является удовлетворительным и доказывает, что план реорганизации практически осуществим [и что несогласные кредиторы [и держатели акций] получат согласно плану реорганизации столько же, сколько они получили бы в случае ликвидационного производства согласно законодательству о несостоятельности];

d) незатронутые кредиторы получают платежи в ходе обычных коммерческих операций и план не изменяет [права] [требования] [фискальных] [налоговых] властей или работников или не наносит им ущерба.

Последствия утвержденного плана

(144) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что последствия плана, утвержденного судом в рамках данного вида реорганизационного производства, должны ограничиваться теми кредиторами, которые приняли участие в процессе переговоров и принятия плана.

Срыв в осуществлении плана

(145) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что в случаях, когда должник не исполняет обязательства по плану, утвержденному в соответствии с рекомендацией 143, план прекращается и кредиторы могут осуществить свои законные права, как они изменены планом.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–F содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.A–D содержится в документах A/CN.9/ WG.V/WP.63/Add.10-11; глава V содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12; глава VI.B–E и глава VII содержатся в последующих добавлениях]

Часть вторая (продолжение) *Пункты*

VI. ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ... 376–411
A. Режим требований кредиторов ... 376–411
1. Введение ... 376
2. Представление требований кредиторов ... 377–394
3. Процедура проверки и признания ... 395–411
Рекомендации ... (146)–(160)

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

VI. ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА

A. Режим требований кредиторов

1. Введение

376. [215] 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 кредиторов, к которым они относятся), и, во-вторых, для цели распределения (см. Часть вторую, главу VI.C). В связи с этим процедура представления требований и их признания или непризнания является ключевой частью процедуры несостоятельности, и следует рассмотреть вопрос об определении кредиторов, которые должны представлять требования, процедур, применимых к представлению требований, процедуры проверки и признания (или непризнания) требований, последствий непредставления требований, а также обзора решений, касающихся признания или непризнания 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 совещании 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, возможно, должны представлять требования

377. 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 причитающимся или погашенным), как правило, обязаны представить требование (конечно, если только процедура представления требований не предусматривает, что не все кредиторы обязаны предъявлять требования).

378. В соответствии с теми положениями законодательства о несостоятельности ряда стран, которые не включают активы, обремененные обеспечением, в состав имущественной массы и разрешают обеспеченным кредиторам свободно реализовывать свой обеспечительный интерес в отношении активов, обремененных обеспечением, обеспеченные кредиторы могут быть исключены из сферы действия требований представлять свое требование в той мере, в какой их требование будет погашено за счет средств, полученных от продажи актива, обремененного обеспечением. В той мере, в какой стоимость актива, обремененного обеспечением, является меньшей, чем сумма требования обеспеченного кредитора, от такого кредитора может потребоваться представление требования в качестве обычного, необеспеченного кредитора. Сумма такого необеспеченного требования зависит от стоимости актива, обремененного обеспечением, и момента времени, в который данная стоимость определяется, а также используемого метода оценки, причем если к проведению такой оценки не применяются ясные правила, то существует вероятность возникновения некоторой неопределенности, особенно с точки зрения принятия решения в отношении права голосовать.

379. Положения законодательства о несостоятельности других стран разрешают обеспеченным кредиторам передавать обеспечение управляющему в деле о несостоятельности и представлять требование в отношении полной стоимости их обеспечительного интереса. Еще один подход сопряжен с требованием о том, чтобы обеспеченные кредиторы представляли требования в отношении полной стоимости их обеспечительного интереса (независимо от передачи обеспечения), причем это требование согласно законодательству некоторых стран ограничивается держателями определенных видов обеспечения, таких как "плавающее" обременение, купчие или обеспечение в движимом имуществе. Если от обеспеченных кредиторов требуется представление требования, то процедуры представления и проверки в целом являются такими же, что и в отношении необеспеченных кредиторов. Подход, предусматривающий обязанность обеспеченных кредиторов представлять требования, сопряжен с тем преимуществом, что управляющему в деле о несостоятельности предоставляется информация обо всех существующих требованиях и о сумме непогашенного долга. Какой бы подход ни был выбран, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало четкие правила о статусе обеспеченных кредиторов для целей представления требований.

b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены

i) Долг, возникший после открытия производства

380. [234] В качестве общего принципа 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, включенных в законодательство о несостоятельности: многие законы предусматривают удовлетворение таких требований в полном объеме в качестве издержек производства (см. Часть вторую, главу VI.C.1 *b)*).

ii) Виды исключаемых требований

381. [246] По разнообразным причинам публичного порядка законодательство о несостоятельности может исключать некоторые виды требований. Примеры могут включать иностранные налоговые требования, штрафы и пени, требования, возникающие из личного вреда, требования, связанные с небрежностью, и игорные долги. Законодательство о несостоятельности других стран предусматривает, что такие требования могут быть представлены, однако они могут быть обусловлены специальным режимом, таким как их подчиненность другим необеспеченным требованиям. Весьма целесообразно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были определены такие требования, какие должны исключаться из процедуры несостоятельности (или обусловливаться специальным режимом – см. Часть вторую, главу VI.C).

382. [247] В настоящее время иностранные налоговые требования исключаются во многих странах, и в целом признается, что такое исключение не идет вразрез с целью равного статуса иностранных и внутренних кредиторов. В то же время, несмотря на это общее мнение, не имеется никаких веских причин, в силу которых подобные требования не могли бы признаваться в том случае, если какая-либо страна пожелает предусмотреть 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 требование о равном статусе 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 статус признается за эквивалентными местными требованиями более низкого статуса.

383. [248] Порядок, при котором игорные долги рассматриваются в качестве исключаемых требований, обычно исходит из того, что подобные долги возникают из деятельности, которая уже сама является противоправной. Вместо рассмотрения конкретных видов 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, таким образом, не подлежат взысканию.

384. [249] Что касается штрафов и пеней, 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 может быть приведен довод, что подобные требования возникают из неправомерного поведения со стороны должника и на необеспеченных кредиторов не следует возлагать бремя последствий такого неправомерного поведения в результате сокращения активов, которые могут быть использованы для целей распределения. В отличие от этого, как представляется, не имеется 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 пенях, поскольку в противном случае подобные требования останутся без погашения [*другие причины?*].

c) Процедура представления требований

i) Сроки представления требований

385. [236] Для обеспечения своевременного представления требований и во избежание излишнего затягивания производства по делу о несостоятельности предельные сроки представления требований могут быть предусмотрены законодательством о несостоятельности или же определены судом либо управляющим в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, например, что суд при решении вопроса об открытии производства будет устанавливать предельный срок для представления требований; в других случаях такой срок должен быть определен законодательством о несостоятельности, причем он может составлять от десяти дней до трех месяцев. Законодательство о несостоятельности других стран не предусматривает каких-либо сроков для представления требований и может возлагать на управляющего в деле о несостоятельности задачу определения сроков представления требований или же устанавливать, что требования могут заявляться в любое время до представления окончательного доклада и отчета управляющим в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности некоторых стран устанавливает различные сроки в зависимости от метода 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.

386. Хотя такие предельные сроки могут способствовать обеспечению того, чтобы процесс представления требований не приводил к излишним задержкам в производстве, они [236] могут вызвать неблагоприятные последствия для иностранных кредиторов, которые во многих случаях могут и 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, 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. Когда требование предъявляется с задержкой, что вызывает дополнительные расходы, такие расходы может нести данный кредитор.

ii) Бремя представления и доказывания требований

387. [235] Законодательство о несостоятельности многих стран возлагает бремя представления и доказывания своих требований на кредиторов. В целом от кредиторов будет требоваться предъявление доказательств в отношении суммы своего требования на основе наличия задолженности и любых утверждаемых преференций или обеспечения. В некоторых случаях такая информация должна предоставляться с помощью стандартной формы требования, однако в любом случае представление требования, как правило, должно сопровождаться представлением обосновывающей его документации. Законодательство многих стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности вправе просить кредитора предоставить информацию или документацию в большем объеме для доказывания своего требования. Законодательство о несостоятельности некоторых стран устанавливает, что кредиторы не должны доказывать свое требование во всех случаях, например тогда, когда управляющий в деле о несостоятельности может установить на основании бухгалтерских книг и отчетности должника тех кредиторов, которые вправе получить платеж. Вместе с тем от таких кредиторов, возможно, будет требоваться направление управляющему в деле о несостоятельности уведомления о своих требованиях.

388. [253] Использованию подхода, который не требует от кредиторов представления требования во всех случаях, может быть оказано содействие тогда, когда законодательство о несостоятельности требует в качестве первоначального шага в ходе производства составления списка кредиторов и требований либо судом, либо должником с помощью управляющего в деле о несостоятельности. 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 требовал бы от управляющего в деле о несостоятельности подготовки такого списка, причем этот подход мог бы способствовать уменьшению числа формальностей, связанных с процессом проверки требований, однако в то же время может привести к дополнительным расходам и задержкам, поскольку его использование было бы сопряжено с необходимостью получения управляющим в деле о несостоятельности точной и надлежащей информации от должника. После составления такого списка он может использоваться для оценки того, каким кредиторам следует предложить представить свои требования управляющему в деле о несостоятельности для целей проверки или для обеспечения того, чтобы все соответствующие кредиторы представили свои требования. Такой список может быть также пересмотрен и обновлен с течением времени, с тем чтобы в нем содержалась точная информация об объеме задолженности должника.

iii) Формальности, связанные с представлением иностранных требований

389. [238] Вопрос, имеющий особое значение для иностранных кредиторов, заключается в том, должно ли требование представляться на языке той правовой системы, в которой открыто производство по делу о несостоятельности, и обусловлено ли представление требования соблюдением определенных формальностей, таких как нотариальное заверение и перевод. Для облегчения доступа иностранных кредиторов может быть рассмотрен вопрос о том, являются ли подобные требования существенно важными или же они могут быть ослаблены, как в случае других процессуальных формальных требований, предусмотренных в контексте статьи 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. Часть вторую, главу VIII).

iv) Пересчет требований, выраженных в иностранной валюте

390. [250] Установление стоимости требований имеет особое значение для иностранных кредиторов, требования которых будут, как правило, выражены в иных валютах, чем валюта страны производства по делу о несостоятельности. Для целей проверки и распределения эти требования обычно пересчитываются во внутреннюю валюту. Дата пересчета может быть согласована в договоре между должником и кредитором или же установлена с помощью ссылки на стадии производства, такие как открытие производства или некоторые более поздние стадии. Если за дату пересчета берется дата открытия производства по делу о несостоятельности, а соответствующая валюта девальвируется или ревальвируется за срок, истекший до распределения (которое может иметь место значительно позднее после открытия производства), то сумма требования также будет изменяться. Альтернативный подход мог бы заключаться в осуществлении предварительного пересчета в момент открытия производства для целей голосования, однако если колебания обменных курсов за истекший до распределения срок превысят определенный процент (который может быть установлен в законодательстве о несостоятельности), то пересчет может быть осуществлен в момент распределения или же в сделанные ранее расчеты могут быть внесены соответствующие коррективы.

v) Сторона, уполномоченная получать требования

391. В законодательстве о несостоятельности в целом используется один из двух подходов к решению этого вопроса. Законодательство некоторых стран требует, чтобы требование было представлено суду, тогда как законодательство других стран предусматривает представление требований управляющему в деле о несостоятельности. Такое различие в целом обусловливается процессом проверки, а также тем, проводится ли она судом или управляющим в деле о несостоятельности.

d) Непредставление требований

i) Непредставление требования в течение установленного срока

392. Различные подходы используются в отношении тех требований, которые не были представлены в течение оговоренного срока (если законодательство о несостоятельности, суд или управляющий в деле о несостоятельности установил такой срок). Законодательство о несостоятельности некоторых стран использует гибкий подход, предусматривая, что, несмотря на установление предельного срока, требования все же могут быть представлены в любое время вплоть до 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 существуют примеры положений законодательства, которые предусматривают получение кредитором предыдущих промежуточных дивидендов после признания его требования. Еще одно последствие заключается в утрате права голосовать на совещаниях кредиторов.

393. Еще один подход заключается в строгом соблюдении сроков представления требований, и законодательство некоторых стран предусматривает, что непредставление требования может привести к погашению долга или отмене или лишении обеспечительных прав. Однако следует отметить, что законодательство одной из стран, в котором используется этот подход, требует, чтобы кредиторы, защищаемые зарегистрированными обеспечительными правами и договорами аренды, лично уведомлялись об открытии производства и необходимости представить требования. Законодательство других стран требует, чтобы кредитор, который не представил свое требование, обращался в суд с ходатайством о признании его требования. В случае признания его требования кредитор будет лишь участвовать в распределении будущих дивидендов.

ii) Непредставление требования до завершения производства

394. 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. Если такое законодательство предусматривает освобождение должника от ответственности по завершении производства по делу о несостоятельности, то некоторые положения такого законодательства предусматривают, что непредставленные требования лишаются силы [*существуют ли другие подходы?*]

3. Процедура проверки и признания

a) Список представленных требований

395. Законодательство о несостоятельности многих стран требует, чтобы суд или управляющий в деле о несостоятельности, в зависимости от требований в отношении признания, составлял список представленных требований либо после истечения срока для представления требований, либо на постоянной основе, в случае когда такой срок не был установлен. Если законодательство о несостоятельности требует подготовки списка кредиторов (см. пункт 388), то список требований будет обновлять составленный ранее список кредиторов. Список требований может использоваться в качестве основы для проверки и признания требований и для направления уведомления в отношении получения, признания или непризнания требований в зависимости от применимой процедуры признания. [239] В законодательстве о несостоятельности многих

стран предусматривается, что все кредиторы, которые идентифицированы или могут быть идентифицированы, имеют право на получение уведомления о заявленных требованиях. Это позволит кредиторам выяснить, какие требования были представлены, и изложить возражения против требований других кредиторов (если это допускается законодательством о несостоятельности). Такое уведомление может быть направлено лично, путем опубликования сообщений в соответствующих коммерческих изданиях или путем регистрации такого списка в суде.

b) Процедуры проверки и признания

396. [241] Проверка включает не только оценку законности оснований и суммы требования, но и классификацию требования для целей голосования и распределения (например, обеспеченные или необеспеченные требования; требования, возникшие до открытия производства, или требования, возникшие после его открытия, приоритет и т. д.).

i) Сроки проверки и признания

397. Законодательство о несостоятельности ряда стран устанавливает сроки проверки и признания требований, предусматривая, что решение должно быть представлено кредиторам в течение такого короткого периода времени, как 30 дней после истечения предельного срока для представления требований. Законодательство других стран не предусматривает установления сроков.

ii) Процедура признания

398. Если требования представляются управляющему в деле о несостоятельности, то законодательство о несостоятельности предусматривает, что такие требования будут признаны управляющим в деле о несостоятельности или же управляющий в деле о несостоятельности должен будет созвать совещание кредиторов для изучения таких требований. Если требования представляются суду, то суд созывает такое совещание или проводит соответствующее слушание. Один из вопросов, который может вызывать озабоченность у иностранных кредиторов, заключается в том, что законодательство о несостоятельности некоторых стран требует от них личного участия в таких совещаниях, с тем чтобы их требования были признаны. Такое требование сопряжено с вероятностью причинения ущерба цели установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и желательно, чтобы требования иностранных кредиторов могли быть признаны на основе документарных доказательств без дополнительной формальности, связанной с личным участием.

399. [242] Законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает, что если требование должно быть представлено управляющему в деле о несостоятельности, то именно данный управляющий проводит проверку требований и принимает решение о том, следует ли признать эти требования, будь то полностью или частично. Кредитору будет направляться уведомление о таком решении управляющего в деле о несостоятельности, и если требование не признается или признается только частично, то управляющий в деле о несостоятельности, как правило, должен изложить мотивы такого решения (которые зачастую требуется излагать в письменном виде). Такое требование, по всей вероятности, увеличит транспарентность этой процедуры и ее предсказуемость для кредиторов. Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что решения управляющего в деле о несостоятельности в отношении признания требований должны обновляться 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 предлагается признать, то законодательство о несостоятельности ряда стран предусматривает, что такие требования считаются признанными.

400. В соответствии с законодательством о несостоятельности некоторых стран управляющий в деле о несостоятельности должен созвать совещание кредиторов для рассмотрения представленных требований на основе списка, составленного управляющим в деле о несостоятельности. Может быть предусмотрено, чтобы такой список включал рекомендации в отношении признания, стоимости и приоритета отдельных требований. Если на таком совещании не были высказаны возражения против признания требований, то рекомендации управляющего в деле о несостоятельности, согласно законодательству о несостоятельности, могут считаться одобренными или же требования – признанными. Аналогичная процедура используется тогда, когда требования представляются суду.

401. [243] С целью сведения к минимуму числа формальностей, которые необходимо выполнить для проверки и признания требований, подход, альтернативный тем подходам, которые изложены выше, мог бы предусматривать, что требования, не погашенные к моменту открытия производства, не требуют проверки и могут признаваться автоматически, если только они не оспариваются. Этот подход будет сопряжен с наличием некоего механизма для определения факта существования требований, и может и не быть достаточным полагаться на бухгалтерские книги и отчетность должника для идентификации всех требований, поскольку они могут и не являться достаточно надежным или полным источником информации. Если будет принят подход, заключающийся в автоматическом признании требований, то, возможно, будет целесообразным объединить его с механизмом, направленным на обеспечение предоставления в распоряжение всех заинтересованных сторон надлежащей информации относительно требований, признанных на этой основе. Автоматическое признание требований может помочь избежать многих проблем, возникающих в случае, когда управляющий в деле о несостоятельности должен точно оценить существующее положение уже в самом начале производства, с тем чтобы предоставить кредиторам возможность для участия в совещаниях, проводимых на ранних этапах производства, и в голосовании на таких совещаниях. Практика автоматического признания требований может быть подкреплена установлением обязанности представлять требования в форме такого заявления, как аффидевит, в отношении которого, на случай мошенничества, предусмотрены санкции. Она может быть также подкреплена условием, согласно которому будут признаваться требования, подтвержденные должным образом составленными бухгалтерскими записями, или же разрешением кредиторам признавать в качестве правильной сумму своего требования, указанную в отчетности должника, которая ведется в ходе обычной предпринимательской деятельности. Возможно, было бы желательным, чтобы законодательство о несостоятельности урегулировало вопрос, касающийся ложных требований и применимых санкций.

iii) Предварительное признание требований

402. [240] Могут существовать два вида требований кредиторов: требования в отношении конкретно указанной суммы и требования в отношении причитающейся с должника суммы, которая не указана или не может быть конкретно указана в момент представления требования. Такие требования могут быть как договорными, так и недоговорными по своему характеру и могут возникать как из обеспеченных, так и из необеспеченных сделок. Кроме того, такие требования могут быть условными, непогашенными, а также требованиями, срок погашения которых не наступил в момент открытия производства (в отношении последней категории требований будет, как правило, производиться вычет за неистекший период времени до наступления срока погашения).

403. [240] Если сумма требования не может быть или не была определена во время представления требования, законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает, что требование может быть признано в предварительном порядке или может быть определена его предварительная стоимость. В связи с признанием предварительных требований возникает ряд вопросов. Они касаются стоимостной оценки требования и стороны, которая должна ее провести (управляющий в деле о несостоятельности, суд или какое-либо другое назначенное лицо); голосования предварительных кредиторов по таким важным аспектам, как урегулирование соответствующего дела с помощью ликвидационной или реорганизационной процедуры или же утверждение плана реорганизации; а также того, могут ли такие кредиторы, в качестве минаритарных кредиторов, быть связанными планом, на который они не давали своего согласия (см. Часть вторую, главу V). Если законодательство о несостоятельности предусматривает предварительное признание требований, то может быть необходимым рассмотрение вопроса о том, будет ли на эти требования распространяться в первом случае та же процедура, что и на другие требования. Например, если признание сопряжено с проведением слушания в суде или совещания кредиторов, то требования, которые могут быть признаны в предварительном порядке, могут быть объектом такой процедуры или же они могут быть сначала признаны управляющим в деле о несостоятельности без ущерба для права возражающей стороны оспорить такое требование и быть объектом такой же процедуры для их одобрения на более поздней стадии.

c) Оспариваемые требования

404. [245] Если законодательство о несостоятельности допускает оспаривание требования, представленного в ходе производства в деле о несостоятельности, будь то в отношении его стоимости, приоритета или оснований представления, то в нем также может указываться, 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 другим заинтересованным сторонам, в том числе кредиторам и должнику, оспаривать требование. В зависимости от процедур представления и признания требований спор может быть передан на рассмотрение управляющего в деле о несостоятельности или суда, или же на слушании в суде или же на совещании кредиторов, проводимом для изучения требований. В случае проведения такого совещания или слушания составление предварительного списка признанных требований либо судом, либо управляющим в деле о несостоятельности и представление такого списка всем кредиторам до слушания или совещания будут способствовать рассмотрению требований. Если требования 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.

405. [245] Если требования оспариваются, будь то кредитором, управляющим в деле о несостоятельности или должником, то важную роль для обеспечения эффективного и упорядоченного хода производства играет механизм быстрого урегулирования спора. Если решение по оспариваемым требованиям не может быть принято оперативным и эффективным образом, то право оспорить требование может быть использовано для нарушения хода производства и создания неоправданных задержек. Законодательство о несостоятельности большинства стран предусматривает, что такого рода споры должны урегулироваться судом для обеспечения окончательного характера решения.

d) Последствия признания требования

406. [244] Признание требования кредитора будет создавать право этого кредитора присутствовать на совещании кредиторов и определять ту сумму требования, с учетом которой кредитор имеет право голосовать на таком совещании, независимо от выбора управляющего в деле о несостоятельности или утверждения плана реорганизации. Оно также будет определять сумму, которую управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать при распределении активов среди кредиторов. Предварительное признание требования будет, как правило, создавать для кредитора право участвовать в производстве в той же мере, что и другие кредиторы, за исключением случая, когда они могут и не иметь права участвовать в распределении до окончательного определения стоимости и признания требования. Однако если требование в конечном счете не признается полностью, то любые результаты предыдущего участия кредитора в голосовании в ходе производства могут игнорироваться.

e) Зачет взаимных требований [подлежит согласованию с главой III.F]

407. Как указывается в главе III.F, выше, законодательство о несостоятельности ряда стран предусматривает производство 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 чтобы срок их погашения наступил в момент открытия производства; чтобы кредитор приобрел данное требование не в результате мошенничества и чтобы он не знал о финансовом положении своего должника; чтобы кредитор не приобрел данное требование в течение "подозрительного периода"; чтобы кредитор заявил о своем намерении добиваться зачета 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.

f) Требования, для которых обязателен специальный режим

i) Административные требования

408. [220] Производство по делу о несостоятельности часто требует помощи специалистов, таких как управляющие в деле о несостоятельности и консультанты должника или управляющего. Соответствующие издержки могут состоять из расходов, которые могут быть понесены комитетом кредиторов или осуществлены в целях поддержания функционирования коммерческого предприятия и ведения производства, включая многие или все долги, возникшие после открытия производства, такие как требования работников, расходы на арендную плату и аналогичные требования.

409. [221] Независимо от важности 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 поддерживающей его инфраструктуры, было бы желательно рассмотреть вопрос о возможности сведения этих последствий к минимуму. В законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены, например, четкие, но гибкие критерии по вопросу о санкционировании таких расходов. Эти критерии могут предусматривать, что санкция на расходы обуславливается их полезностью для повышения стоимости имущественной массы в общих интересах всех групп, участвующих в процедурах, или что допускаются расходы, которые не только являются разумными и необходимыми, но и отвечают ключевым целям производства. Разумный характер расходов может оцениваться с учетом объема средств, задействованных в производстве, и возможных последствий таких расходов для производства. [*Примечание для Рабочей группы: Имеются ли примеры законов, устанавливающих подобные критерии?*]

410. [222] Для проведения такой оценки могут использоваться различные подходы. Один из подходов может состоять в том, чтобы предусмотреть требование о получении разрешения суда до фактического осуществления расходов или же разрешения суда на все расходы, выходящие за рамки обычных коммерческих операций предприятия. Согласно второму подходу может предусматриваться, что с целью содействия прозрачности процедур такая оценка должна проводиться кредиторами при возможности обжалования в суде в случае, когда оценка кредиторов оспаривается.

ii) Лица, связанные с должником

411. [233] Одна из категорий кредиторов, которая может требовать уделения особого внимания, – это лица, связанные с должником, будь то в семейном или коммерческом качестве (данный аспект рассматривается выше, см. Часть вторую, главу III.E.3 *e)*). Введение специального режима требований таких лиц зачастую оправдывается на том основании, что вероятность проявления предпочтительного подхода к ним является наиболее высокой и что они, по всей вероятности, раньше других получат информацию о финансовых трудностях должника и [*другие обоснования?*]. Хотя требования таких лиц формально не относятся к категориям исключаемых требований, возможно, было бы целесообразным рассмотреть вопрос о том, следует ли такие требования признавать и предоставлять им такой же режим, что и требованиям других кредиторов, или признавать их на основании специального режима. Однако простой факт существования особых взаимоотношений с должником может и не быть достаточным во всех случаях для обоснования специального режима требования кредитора. В некоторых случаях такие требования будут в полной мере транспарентными и должны рассматриваться таким же образом, что и аналогичные требования, представленные кредиторами, которые не являются лицами, связанными с должником; в других случаях они могут приводить к возникновению подозрений и будут заслуживать особого внимания. Законодательство о несостоятельности, возможно, должно будет предусмотреть механизм для идентификации таких видов поведения или ситуаций, в которых требования будут заслуживать дополнительного внимания, например ситуаций, когда предприятие должника в недостаточной мере капитализировано или когда имеют место внутренние сделки. В таких случаях требование может ограничиваться разрешенной суммой или может быть подчинено другому требованию или же право голосовать кредитора, связанного с должником, может быть ограничено (например, при выборе управляющего в деле о несостоятельности).

iii) Требования в отношении процентов (см. Часть вторую, главу VI.C.1 *g))*

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся режима требований кредиторов, заключаются в следующем:

a) определить требования, которые могут 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 или непризнания требований (полностью или частично);

d) предусмотреть возможность судебного надзора в отношении оспариваемых требований.

~~*e)* установить режим для конкретных требований, включая требования обеспеченных кредиторов, иностранных кредиторов, кредиторов, требованиями которых выражены в иностранной валюте, являются условными или неденежными требованиями, требованиями процентов и требованиями в отношении обязательств с ненаступившим сроком погашения.~~

Содержание законодательных положений

(146) Законодательство о несостоятельности должно установить механизм представления кредиторами требований, признания или непризнания требований и определения режима требований[1]. Законодательство о несостоя-

[1] Законодательство о несостоятельности должно затрагивать требования, которые могут нуждаться в специальном режиме, например требования иностранных и других кредиторов, если они выражены в иностранной валюте, условные или неденежные требования, требования в отношении процентов и требования в отношении обязательств с ненаступившим сроком исполнения.

тельности может также предусматривать механизм, с помощью которого неоспариваемые требования могут быть автоматически признаны путем ссылки, например, на [*бухгалтерские книги и отчетность должника...*]. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать минимальное число формальностей, связанных с представлением требования.

(147) [(99)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что требования, которые могут быть представлены, должны включать все права на платеж, возникающие из действий или бездействия должника до открытия производства по делу о несостоятельности, будь то с наступившим сроком погашения или нет, будь то на определенную [заранее оцененную] или неопределенную [заранее не оцененную] сумму, будь то фиксированные или условные. Законодательство о несостоятельности должно идентифицировать требования, если таковые существуют вообще, которые не будут затрагиваться производством по делу о несостоятельности[2].

Обеспеченные требования

(148) Законодательство о несостоятельности должно ясно устанавливать режим обеспеченных требований – независимо от того, все ли обеспеченные кредиторы должны представлять требования, или же только в том случае, когда они располагают недостаточным обеспечением, – и конкретно определять последствия представления или непредставления требования[3].

Равный статус кредиторов, находящихся в аналогичном положении

(149) [(100)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что все кредиторы, находящиеся в аналогичном положении, в том числе иностранные кредиторы, должны иметь равный статус с точки зрения представления и режима требований.

Момент представления требований

(150) [(101)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать один из следующих сроков, в течение которых могут быть представлены требования:

a) в течение оговоренного срока после [открытия производства] [уведомления об открытии производства]; или

b) в любой момент до окончательного распределения или в любой оговоренный срок до рассмотрения плана реорганизации[4].

Последствия непредставления требования

(151) [(102)] Законодательство о несостоятельности должно определить последствия, возникающие в том случае, если требование не представлено в течение оговоренного срока или не представлено до окончательного распределения и завершения производства.

Требования, выраженные в иностранной валюте

(152) [(103)] В отношении требований, выраженных в иностранной валюте, законодательство о несостоятельности должно указывать момент времени, в который данное требование будет пересчитано в местную валюту. Этот момент времени может быть определен с помощью ссылки на любое согласие, выраженное в договоре между должником и предъявляющим требование кредитором, в отношении даты такого пересчета или с помощью ссылки на момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или на момент открытия такого производства [или какой-либо другой момент времени в ходе производства по делу о несостоятельности].

Доказательства наличия требований

(153) [(104)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что от кредитора может требоваться предъявление доказательств наличия его требования суду или, в качестве иного варианта, управляющему в деле о несостоятельности без необходимости личного присутствия.

Признание или непризнание требований

(154) [(105)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать признание или [непризнание] любого требования, полностью или частично, управляющим в деле о несостоятельности. В том случае, когда управляющий в деле о несостоятельности не признает требование, на него должна возлагаться обязанность мотивировать непризнание.

(155) [(105)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что кредиторы, требования которых не были признаны или были оспорены в ходе производства по делу о несостоятельности, должны иметь право на надзорное производство в отношении их требований в суде. Законодательство о несостоятельности должно также предусматривать, что любая заинтересованная сторона может ходатайствовать о надзорном производстве в суде в отношении признания любого требования.

(156) Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности принимать при проверке требований решения по вопросу о зачете требований.

Предварительное признание

(157) [(106)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что с целью содействия ведению производства и, в частности, проведению голосования кредиторов требования с неуказанной стоимостью, обеспеченные требования и требования, оспариваемые в ходе производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны управляющим в деле о несостоятельности в предварительном порядке до установления стоимости требования или разрешения спора судом.

---

[2] Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, например, что такие требования, как [правительственные] штрафы и пени и налоги не будут затрагиваться производством по делу о несостоятельности. Если какое-либо требование не будет затрагиваться производством по делу о несостоятельности, то оно будет сохраняться и не будет учитываться при любом освобождении от ответственности.

[3] См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статью 14(3), и пункт 111 Руководства по принятию Типового закона. См. также рекомендацию 24, главу II.B.

[4] Если законодательство о несостоятельности включает вариант (b) и если требование представлено на последних стадиях производства, то от кредитора может потребоваться согласие с тем, что он не сможет участвовать в каком-либо распределении, произведенном до представления требования.

(158) [(107)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что установление стоимости требования может быть проведено управляющим в деле о несостоятельности или судом. Если установление стоимости проводится управляющим в деле о несостоятельности, оно должно стать предметом надзорного производства судом в случае его оспаривания любой заинтересованной стороной.

Последствия признания

(159) [(108)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать последствия признания требования, в том числе признания в предварительном порядке. Эти последствия могут включать следующее:

a) разрешение кредитору принимать участие в голосовании на собрании общего органа кредиторов, в том числе по вопросу об утверждении или отклонении плана реорганизации;

b) установление [~~категории, в которой кредитор имеет право голосовать~~] приоритета, на который имеет право требование кредитора;

c) определение суммы, с учетом которой кредитор имеет право голосовать;

d) за исключением случая предварительного признания требования – разрешение кредитору принять участие в распределении[5].

Требования сторон, связанных с должником

(160) [(109)] Законодательство о несостоятельности должно оговаривать, какие требования сторон, связанных с должником, должны быть подвергнуты изучению и если они обосновываются с помощью ссылки, например, на недостаточную капитализацию предприятия должника или на внутренние сделки, то в таком случае:

~~*a)* проведение тщательной проверки требования;~~

b) права стороны, связанной с должником, на участие в голосовании могут быть ограничены;

~~*c)* субординация требования;~~

d) сумма требования стороны, связанной с должником, может быть ограничена.

[5] 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. рекомендации относительно распределения.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–F содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.A–D содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10-11; глава V содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12; глава VI.A содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13; глава VII.A–B содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15; и глава VI.D–E будет содержаться в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16]

Часть вторая (продолжение)			*Пункты*
VI.	ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА		412–441
	B.	Финансирование после открытия производства	412–420
		1. Необходимость в финансировании после открытия производства	412–414
		2. Источники финансирования после открытия производства	415
		3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета	416–420
Рекомендации			(161)–(165)
	C.	Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации]	421–441
		1. Приоритеты	421–439
		2. Распределение	440–441
Рекомендации			(166)–(171)

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций выделены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

VI. ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА

B. Финансирование после открытия производства

1. Необходимость в финансировании после открытия производства

412. [187] Продолжение работы предприятия должника после открытия производства по делу о несостоятельности имеет решающее значение для 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. Актуальное значение это может иметь также в тех случаях ликвидации, когда финансовые средства необходимы для продолжения коммерческой деятельности в течение короткого периода времени, с тем чтобы облегчить продажу 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 кассовых потоков 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.

413. Чтобы обеспечить продолжение коммерческой деятельности, когда она является предметом производства, крайне желательно определиться в вопросе о необходимости в новых финансовых средствах на первоначальном этапе, в некоторых случаях даже в период между подачей заявления и открытием производства. Вместе с тем во многих правовых системах предоставление финансовых средств в период до открытия производства вызывает сложные вопросы, касающиеся полномочий на расторжение сделок и ответственности заимодателя и должника. Например, в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрено, что в тех случаях, когда заимодатель предоставляет средства неплатежеспособному должнику, он может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов, которые могут возникнуть просто из-за отсрочки открытия ликвидационного производства. После этого первоначального периода, особенно в ходе реорганизационного производства, наличие новых финансовых средств будет иметь также важное значение в период между открытием производства и рассмотрением 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.

414. [187] В законодательстве о несостоятельности может признаваться необходимость в финансировании 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 для получения финансовых средств от этого кредитора. 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 в исполнении коммерческих сделок, защите существовавших до этого 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 существовавшие до этого обеспечительные права и приоритеты. Как правило, экономическую стоимость прав существовавших ранее обеспеченных кредиторов следует защищать, с тем чтобы они необоснованно не нарушались. При необходимости (и как уже говорилось в связи с защитой имущественной массы, см. Часть вторую, главу III.B.5) ранее существовавшие обеспеченные кредиторы должны пользоваться дополнительной защитой для сохранения экономической стоимости своих обеспечительных прав, таких как периодические платежи или обеспечительные права в дополнительных активах в качестве замены любых активов, которые могут быть использованы должником или обременены для получения нового кредита. Кроме вопросов доступности и обеспечения или очередности нового кредитования в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет предусмотреть режим в отношении средств, которые могли быть выделены перед тем, как реорганизация не удалась, а предприятие-должник должно быть впоследствии ликвидировано. Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что любое обеспечение, представляемое в связи с новым кредитованием, может быть аннулировано при последующей ликвидации, в то время как в законодательстве других стран устанавливается, что кредиторы, получающие приоритет для нового финансирования, сохранят его при любой последующей ликвидации.

2. Источники финансирования после открытия производства

415. [188] 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, или 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 значи-

тельной прибыли. Стимулом для обеих категорий кредиторов является уверенность в том, что кредитованию и выделению ссуд 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, и, согласно законодательству некоторых стран, существует вероятность того, что, если они не предоставят финансовые средства до открытия производства, приоритет может получить заимодатель, который предоставляет такие средства.

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета

416. [189] Для привлечения финансовых средств после открытия производства и для того, чтобы обеспечить их погашение, можно использовать ряд различных подходов. [190] В законодательстве о несостоятельности многих стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности 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. 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 обеспеченного обязательства. В этом случае никакой специальной защиты для ранее существовавшего обеспеченного кредитора, как правило, не требуется, если позднее не изменятся обстоятельства.

417. [189] Для тех случаев, когда эти решения являются либо недостаточными, либо невозможными, например потому, что нет обремененных активов или в этих уже обремененных активах нет избыточной стоимости, законодательство о несостоятельности предусматривает множество вариантов получения новых финансовых средств. В законодательстве о несостоятельности ряда стран вопрос о новом финансировании конкретно не рассматривается и для погашения ссуды не предусматривается предоставление какого-либо приоритета. В тех случаях, когда нет необремененных активов, которые должник может предложить в качестве обеспечения, или заимодатель готов взять на себя риск предоставить ссуду без обеспечения, возможности получить новые денежные средства не будет.

418. [189] Законодательство о несостоятельности некоторых стран предусматривает, что новым кредитам будет предоставляться определенный уровень приоритета по отношению к требованиям других кредиторов, в некоторых случаях включающих существующих обеспеченных кредиторов. Один из уровней приоритета классифицируется в качестве административного приоритета (см. Часть вторую, главу VI.C), который выше в сравнении с требованиями обычных необеспеченных кредиторов, но не выше приоритета обеспеченного кредитора в том, что касается 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 о несостоятельности некоторых стран 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 для управляющего в деле о несостоятельности. Вполне вероятно, что такое требование вызовет нежелание изыскивать новые финансовые средства.

419. [189] В законодательстве о несостоятельности других стран предусматривается административный "суперприоритет", превосходящий приоритет административных кредиторов, или приоритет, который превосходит 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 неохотно разрешают такие виды приоритета, причем если и разрешают, то 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 надлежащей защиты от любого снижения экономической стоимости обеспечительных интересов затронутого обеспеченного кредитора. В некоторых правовых системах имеются все эти варианты привлечения финансовых средств после открытия производства.

420. При рассмотрении вопроса о разрешении на предоставление приоритета, возможно, желательно увязывать его с вопросом об ущербе, который может возникнуть, или о выгодах, которые могут быть получены в результате выделения новых финансовых средств. Хотя законодательство о несостоятельности многих стран требует разрешения суда и участие суда 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 обладает специальными знаниями или информацией, помимо той, которая предоставляется управляющим в деле о несостоятельности, для обоснования своего решения. В качестве альтернативы можно установить порог, выше которого требуется одобрение суда, или требовать одобрения суда только в тех случаях, когда кредиторы, чьи интересы затронуты, возражают против того, что предлагает управляющий в деле о несостоятельности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся финансирования и кредитования после открытия производства, заключаются в следующем:

a) создать возможности для привлечения финансовых средств и кредитов для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника или же сохранения или увеличения стоимости активов должника;

b) обеспечить надлежащую защиту лицам, предоставляющим финансовые средства и кредиты после открытия производства;

c) обеспечить надлежащую защиту тем сторонам, права которых могут быть затронуты предоставлением финансирования и кредитов после открытия производства.

Содержание законодательных положений

(161) [(110)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности привлекать финансовые средства и кредиты 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 должника. В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть необходимость получения разрешения суда или кредиторов.

~~[(111)] Законодательство о несостоятельности должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности привлекать кредиты после открытия производства, если управляющий в деле о несостоятельности сочтет это необходимым для продолжения операций или обеспечения выживания предприятия должника или сохранения или увеличения стоимости активов должника.~~

Обеспечение для финансирования после открытия производства

(162) [(112)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать возможность предоставления обеспечения для выплаты ссуды, полученной после открытия производства, включая обеспечение в необремененных активах [включая активы, приобретенные после открытия производства] и субординирование или менее приоритетное обеспечение в уже обремененных активах должника.

(163) [(113)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что обеспечение в активах должника для финансирования после открытия производства не имеет приоритета в сравнении с любым существующим обеспечением в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не уведомит существующего держателя обеспечения и не получит его согласия или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации [(114)].

(164) [(114)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что в случае, если держатель существующего обеспечения не дает своего согласия, суд может разрешить [предоставление] [создание] такого обеспечения, если соблюдены указанные условия, включая следующее:

~~a) имеющийся обеспеченный кредитор обладает достаточным обеспечением в активах, чтобы не понести [ущерба] [неразумного ущерба] в результате приоритета, предоставленного финансированию, полученному после открытия производства;~~

a) существующий [обеспеченный кредитор] [держатель обеспечения] был уведомлен, и ему 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] [держателя обеспечения] будут должным образом защищены, в том числе за счет достаточно чрезмерной стоимости актива, служащего обеспечением, с тем чтобы существующий обеспеченный кредитор не понес неоправданного ущерба в результате приоритета, предоставленного финансированию после открытия производства.

Приоритет для финансирования, полученного после открытия производства

(165) [(115)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать 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 ~~(административный приоритет)~~ [включая необеспеченных кредиторов, имеющих административный приоритет]. Для случаев, когда реорганизационное производство преобразуется в ликвидационное, любой приоритет в пользу финансирования после открытия производства при реорганизации должен признаваться и при ликвидации.

C. Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации]

1. Приоритеты

421. [253] Распределение средств, полученных от конкурсной массы, будет, как правило, осуществляться в соответствии с очередностью требований кредиторов по категориям. Исходя из того, что различные кредиторы заключили различные коммерческие сделки с должником, определение статуса кредиторов можно обосновать целесообразностью признания и соблюдения в системе несостоятельности этих коммерческих сделок и обеспечения равного режима для кредиторов, находящихся в одинаковом положении. Создание четкой и предсказуемой системы ранжирования в целях распределения может способствовать тому, чтобы кредиторы имели четкое представление о своих правах в момент заключения коммерческих соглашений с должником и в случае обеспеченного кредита способствовали его предоставлению. [215] Помимо использования таких категорий, основанных на коммерческих и правовых отношениях между должником и его кредиторами, принципы распределения также весьма часто отражают возможности выбора в пользу важных публичных интересов (например, защита занятости), признавая целесообразность обеспечения упорядоченного и эффективного ведения производства по делу о несостоятельности (обеспечивая приоритет для вознаграждения специалистов по вопросам несостоятельности и компенсации расходов на управление в делах о несостоятельности), а также содействуя продолжению деятельности предприятия и его реорганизации (путем предоставления приоритета финансированию после открытия производства).

422. Законодательство о несостоятельности разных стран предусматривает множество самых различных подходов к определению статуса кредиторов как с точки зрения приоритетов, отдаваемых различным категориям, так и с точки зрения режима в отношении кредиторов в рамках конкретной категории, например кредиторов, которые в широком смысле определяются как необеспеченные.

a) Обеспеченные кредиторы

423. [218] В законодательстве о несостоятельности многих стран признаются права обеспеченных кредиторов на удовлетворение своих требований в первоочередном порядке или за счет поступлений от продажи конкретных активов, обремененных обеспечением, или из общих фондов. Метод распределения средств среди обеспеченных кредиторов зависит от метода, использовавшегося для защиты обеспеченных кредиторов в ходе производства. Если обеспечительный интерес защищался с помощью мер по сохранению стоимости актива, обремененного обеспечением, то обеспеченный кредитор будет, как правило, обладать первоочередным требованием на поступления от продажи этого актива в размере суммы своего обеспеченного требования (при условии что она не превышает стоимости данного актива). Согласно другому варианту, если обеспечительные интересы обеспеченного кредитора защищались путем фиксирования суммы обеспеченной части его требования в момент открытия производства, то этот кредитор, как правило, будет обладать первоочередным требованием на общие поступления от имущественной массы в отношении такой суммы. Для случаев, когда требование обеспеченного кредитора превышает стоимость актива, обремененного обеспечением, или сумму обеспеченного требования в момент открытия производства (когда применяется такой подход), необеспеченная часть требования будет рассматриваться для целей распределения, как правило, в качестве обычного необеспеченного требования.

424. [219] В тех положениях законодательства о несостоятельности, которые не предоставляют обеспеченным кредиторам права первоочередности, выплата обеспеченным кредиторам может производиться после оплаты административных расходов и погашения других требований, которые пользуются приоритетной защитой, таких как требования из невыплаченной заработной платы, налоговые требования, экологические требования и требования, вытекающие из причинения личного вреда. Еще один подход отражен в тех законах, которые предусматривают, что сумма, которая может быть взыскана (в порядке приоритета) обеспеченными кредиторами из активов, обеспечивающих их требование, ограничивается определенной долей такого требования. Выделенная доля требования используется обычно для погашения требований других кредиторов, будь то кредиторы с более низким порядком очередности или обычные необеспеченные кредиторы, или 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 каким-либо справедливым образом в покрытии некоторых потерь других кредиторов при ликвидации и принимать долевое участие в некоторых расходах при реорганизации. В то же время желательно, чтобы эти исключения из правила установления первоочередности для обеспеченных кредиторов ограничивались в целях обеспечения определенности в том, что касается возвращения обеспеченных кредитов, способствуя таким образом обеспеченному кредитованию и снижая связанные с этим издержки.

425. [219] 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 нет таких положений, о которых говорилось выше. Вместе с тем в этих случаях от обеспеченного кредитора можно все же потребовать участия в покрытии других расходов, непосредственно связанных с его интересами, например административных расходов, понесенных в связи с сохранением активов, обремененных обеспечением. Если управляющий в деле о несостоятельности затратил определенные средства на цели сохранения стоимости активов, обремененных обеспечением, то может быть разумным возмещение таких расходов 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 приоритетов, установленных в отношении финансирования после открытия производства, когда последствия для интересов обеспеченных кредиторов, пользующихся любым приоритетом, должны быть ясными на момент получения финансовых средств, особенно потому, что может потребоваться согласие обеспеченных кредиторов (см. Часть вторую, главу VI.B).

b) Административные требования

426. [220] Административные расходы при ведении производства по делу о несостоятельности часто имеют приоритет перед необеспеченными требованиями и, как правило, пользуются таким приоритетом, чтобы обеспечить надлежащие выплаты сторонам, участвующим в производстве от имени имущественной массы. Эти расходы, как правило, включают в себя вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и всем специалистам, работающим по найму у управляющего в деле о несостоятельности; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности (или в некоторых случаях должником) своих функций и полномочий (см. Часть вторую, главу IV.A и B); расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения обязательств по контракту (например, трудовые соглашения или договоры аренды); расходы на судопроизводство (например, судебные издержки) и, согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран, вознаграждение всем специалистам, нанятым комитетом кредиторов.

c) Приоритетные или преимущественные требования

427. [223] Законодательство о несостоятельности часто предусматривает приоритетные права для определенных (главным образом необеспеченных) требований, которые в результате будут удовлетворяться в первоочередном порядке по отношению к другим, необеспеченным и непреимущественным (или менее преимущественным) требованиям. Эти приоритетные права, в основе которых зачастую лежат социальные, а иногда и политические соображения, противоречат принципу распределения pari passu и обычно действуют в ущерб обычной необеспеченной задолженности, снижая стоимость активов, подлежащих распределению среди обычных необеспеченных кредиторов. Предоставление приоритетных прав может вызвать неконструктивные дебаты при решении вопроса о том, ка-

ким категориям кредиторов следует предоставлять приоритет и какие есть для этого основания. Предоставление таких прав в соответствии с законодательством о несостоятельности также влияет на стоимость кредита, которая будет увеличиваться по мере сокращения суммы средств, подлежащих распределению среди других кредиторов.

428. [226] В основе некоторых приоритетов лежат социальные проблемы, которые, возможно, лучше регулировать при помощи законодательных норм, не относящихся к вопросу о несостоятельности, чем путем разработки для включения в законодательство о несостоятельности таких направленных на достижение социальных целей положений, 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 средство решения социальных проблем, делая при этом менее эффективным сам процесс по делу о несостоятельности. В тех случаях, когда в законодательство о несостоятельности предполагается включить положения о приоритетах или когда приоритеты предусматриваются другими законодательными нормами, которые окажут воздействие на применение законодательства о несостоятельности, желательно, чтобы такие приоритеты были четко оговорены или чтобы в законодательстве о несостоятельности на них были сделаны прямые ссылки (и при необходимости увязаны по очередности с другими требованиями). Это позволит обеспечить такой режим несостоятельности, который будет по меньшей мере определенным, прозрачным и предсказуемым с точки зрения его последствий для кредиторов, а также позволит заимодателям более точно оценивать риски, связанные с кредитованием.

429. [225] 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 в отношении многих видов требований может усложнить достижение основных целей процедур несостоятельности и затруднить обеспечение эффективного и действенного производства. При этом могут возникнуть элементы неравенства, а при реорганизации это осложнит подготовку плана. Кроме того, следует помнить о том, что корректировка порядка распределения с целью создания таких приоритетных прав не увеличит общий объем средств, которые могут быть выделены кредиторам. 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.

430. К факторам, которые могут иметь отношение к вопросу о том, существуют ли веские доводы в пользу предоставления привилегированного статуса любой конкретной категории задолженности, можно отнести, в частности, необходимость выполнять международные обязательства; необходимость добиваться сбалансированности между частными правами и публичными интересами, а также альтернативными средствами, имеющимися для удовлетворения этих публичных интересов; целесообразность создания у кредиторов стимулов к тому, чтобы эффективно управлять кредитами и устанавливать наименьшую стоимость кредита; последствия, которые возникнут в случае создания определенных преференций с точки зрения операционных издержек и затрат на контроль за соблюдением установленных требований; и целесообразность проведения тонких различий между кредиторами, в результате которых одна категория кредиторов будет нести более тяжелое бремя невыплаченной задолженности.

431. [224] Существует множество разных подходов к вопросу о том, каким требованиям предоставлять приоритет и каким должен быть этот приоритет. Разные страны предоставляют разные виды приоритетов, однако можно выделить две особенно распространенные категории. Первый приоритет относится к заработной плате и пособиям служащих (требования из социального и пенсионного обеспечения), а второй – к налоговым требованиям. Учет приоритета в отношении налоговых требований может иметь особое значение в транснациональных делах. В одном случае можно отказать в предоставлении приоритета в отношении всех иностранных налоговых требований. Альтернативой этому может быть признание некоторых видов приоритета для таких налоговых требований, возможно, в ограниченном объеме, либо в том случае, когда существует взаимное признание таких требований, либо тогда, когда производство по делу о несостоятельности в отношении одного должника ведется совместно более чем в одном государстве. В статье 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности признается значение принципа недискриминации в отношении определения статуса требований иностранных кредиторов, но при этом предусматривается, что страны, не признающие налоговые требования и требования по социальному обеспечению, могут по-прежнему определять для них более низкий статус[1].

i) Требования служащих

432. В большинстве стран требования работников (включая требования относительно заработной платы, оплаты отпуска или выходных, вознаграждения за другие оплачиваемые виды отпуска и выходного пособия) входят в категорию приоритетных требований, которые в ряде случаев ставятся выше налоговых требований и требований по социальному обеспечению. [224] Такой подход отвечает в целом концепции специальной защиты, предоставляемой работникам в других областях законодательства о несостоятельности (см. Часть вторую, главу III.D.6), а также подходу, закрепленному в некоторых международных конвенциях[2]. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран значение, которое придается сохранению непрерывной занятости в первоочередном порядке по отношению к другим задачам производства по делу о несостоятельности, таким как максимизация стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, под-

[1] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 13(2) и сноска 2.

[2] Например, Конвенция МОТ о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя 1992 года (№ 173). Статья 8(1) предусматривает, что "национальное законодательство или регламенты предоставляют требованиям трудящихся 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.

тверждается тем, что упор делается на продажу предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с переводом действующих обязательств в отношении занятости), в отличие от ликвидации или реорганизации, где эти обязательства могут быть изменены или отменены.

433. В некоторых странах требованиям работников отдается приоритет, но они рассматриваются наравне с налоговыми требованиями и требованиями по налоговому обеспечению в одной категории приоритетных требований и в случае недостатка средств могут удовлетворяться пропорционально. В других странах требованиям работников не отдается никакого приоритета, и они рассматриваются как обычные необеспеченные требования, хотя в некоторых случаях выплаты по определенным обязательствам, накопленным 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 или не может иметь такой же приоритет по отношению к имущественной массе, как и требования работников в зависимости от принципиальных соображений, таких как использование государственных денежных средств (в отличие от активов неплатежеспособного должника) для финансирования в связи с компенсацией заработной платы. [230] Обычная практика будет, как правило, заключаться в предоставлении фонду таких же прав, что и работникам, по крайней мере в отношении определенной оговоренной суммы, которая может быть указана в виде суммы заработной платы или количества оплачиваемых недель.

ii) Налоговые требования

434. [224] Зачастую приоритет отдается правительственным налоговым требованиям на основании защиты государственного дохода. Предоставление приоритета таким требованиям объясняется и рядом других оснований. В частности, это обосновывается тем, что такой подход может быть выгодным для реорганизационного производства, поскольку налоговые органы будут заинтересованы в том, чтобы задерживать сбор налогов с неблагополучного коммерческого предприятия на том основании, что в конечном итоге им будет предоставлен приоритет в отношении выплат в связи с несостоятельностью, и в связи с тем, что правительство является некоммерческим и не склонным к такого рода делам кредиторов, оно может быть исключено из некоторых вариантов погашения коммерческой задолженности. Вместе с тем предоставление приоритета таким требованиям может быть контрпродуктивным, поскольку отказ от взимания налогов может нанести ущерб единообразному исполнению налогового законодательства и может представлять собой форму государственного субсидирования, что подрывает дисциплину, на поддержание которой направлен эффективный режим несостоятельности. Это может также заслужить благосклонность налоговых органов в связи с возможностью осуществлять контроль за должниками и инкассировать долги, соблюдая коммерческие интересы, что помогло бы предотвратить наступление несостоятельности и истощение активов.

d) Обычные необеспеченные кредиторы

435. [227] После удовлетворения требований всех обеспеченных и приоритетных кредиторов остаток имущественной массы, как правило, распределяется на пропорциональной основе среди обычных необеспеченных кредиторов. Эта категория может подразделяться на подкатегории, а некоторые требования могут рассматриваться как субординированные или приоритетные, как отмечалось выше. Ниже рассматриваются некоторые требования, которые обычно относятся к числу субординированных.

e) Собственники и акционеры

436. [232] Собственники и акционеры могут иметь требования, возникающие из кредитов, предоставленных должнику, и требования, связанные с их участием в акционерном капитале или с собственническим интересом в капитале должника. В законодательстве о несостоятельности многих стран проводится различие между этими разными требованиями. В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, законодательство о несостоятельности многих стран включает общее правило, согласно которому собственники и акционеры коммерческого предприятия не имеют права на распределение поступлений от активов, пока не будут получены платежи по всем другим требованиям, стоящим выше по порядку очередности (включая требования по процентам, накопившимся после открытия производства). Акционеры и собственники в своем качестве редко будут иметь доступ к какому-либо распределению в связи с их участием в акционерном капитале должника. В тех случаях, когда проводится распределение, оно осуществляется, как правило, в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность акционерных обществ, и в уставе компании. Вместе с тем долговые требования, например те, которые относятся к кредитам, не всегда являются субординированными.

f) Лица, связанные с должником

437. [233] Еще одна категория кредиторов, которая может потребовать особого внимания, – это лица, связанные с должником либо семейными узами, либо коммерческими интересами (этот вопрос обсуждался выше, см. Часть вторую, главу III.E.3 *e)* и главу VI.A). Согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран эти требования всегда являются субординированными, в то время как по законодательству других стран они субординированы только в силу несправедливого или мошеннического или квазимошеннического поведения. Что касается субординированных требований, то такие требования могут стоять после обычных необеспеченных требований. Другие подходы к режиму в отношении этих требований не касаются порядка очередности, а связаны с ограничениями права голосования или суммы требования, которое может быть признано в ходе производства.

g) Штрафы, пени и процент после открытия производства

438. [227] Некоторые страны рассматривают такие требования, как пособия, штрафы и пени (административные, уголовные или иные), в качестве обычных необеспеченных требований и считают их второстепенными по сравнению с другими необеспеченными требованиями. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран такие виды требований рассматриваются как исключаемые требования.

439. К нарастанию и выплате процентов по требованиям применяются разные подходы. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что проценты по требованиям перестают нарастать 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 нарастание процентов после открытия производства, выплаты могут быть субординированными, и будут производиться только после оплаты всех других необеспеченных требований.

2. Распределение

440. [254] В тех случаях, когда имеется несколько различных категорий требований с разным порядком очередности, каждый уровень очередности, как правило, будет оплачиваться полностью до производства платежей следующего уровня. По достижении того уровня очередности, когда средств для полного платежа всем кредиторам 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 для выплаты в полном объеме средств недостаточно.

441. [255] Применительно к процедурам реорганизации было бы, возможно, желательно предусмотреть, что все первоочередные требования должны быть оплачены полностью в качестве условия утверждения плана, если только кредиторы соответствующей очереди не примут иного решения [*причины?*]. В плане реорганизации может предлагаться иная очередность, чем та, которая предусмотрена законодательством о несостоятельности, при условии что кредиторы, голосующие по плану, утвердят такое изменение.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся распределения, заключаются в следующем:

a) установить порядок очередности оплаты требований из имущественной массы должника после реализации активов в ходе ликвидации или по утверждении плана реорганизации;

b) обеспечить, чтобы кредиторы одной и той же категории имели равный статус и получали пропорциональные платежи из активов имущественной массы;

[*c)* оговорить ограниченное число обстоятельств, при которых может предоставляться приоритет при распределении.]

Содержание законодательных положений

(166) [(116)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать порядок очередности, в котором требования, помимо обеспеченных требований, оплачиваются из имущественной массы должника после продажи активов в ходе ликвидации.

(167) [(117)] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать минимальное число приоритетов, предоставляемых категориям необеспеченных требований. В тех случаях, когда приоритеты предоставляются в силу иных норм права, чем законодательство о несостоятельности, они должны быть четко оговорены в законодательстве о несостоятельности.

(168) [(118)] Обеспеченные требования должны оплачиваться из поступлений от реализации обеспечения с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом в сравнении с обеспеченным требованием, если таковое имеется[3].

(169) [(119)] В отношении оплаты иных категорий требований, чем обеспеченные требования, законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суммы, имеющиеся для распределения среди кредиторов, должны выплачиваться в следующем порядке:

a) административные затраты и расходы, в том числе понесенные в связи с назначением, выполнением полномочий и функций и вознаграждением управляющего в деле о несостоятельности и комитета кредиторов;

b) обладающие приоритетом требования, возникшие до открытия производства;

c) обычные требования, возникшие до открытия производства;

d) отсроченные или субординированные требования, возникшие до открытия производства;

e) должник (т. е. участие в акционерном капитале или собственническом интересе в капитале должника).

(170) [(120)] В отношении оплаты требований одной и той же категории законодательство о несостоятельности должно предусматривать в качестве общего принципа, что требования каждой категории имеют равную очередность между собой, если держатели затрагиваемых требований не договорятся об ином. Все требования конкретной категории должны быть оплачены полностью до оплаты требований следующей категории. Если для их полной оплаты нет достаточных средств, они оплачиваются на пропорциональной основе.

(171) [(121)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что распределение проводится оперативно и что подлежащие распределению суммы могут, насколько это возможно, выплачиваться на предварительной или регулярной основе. При распределении управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать требования, признанные в предварительном порядке, и представленные требования, которые еще не признаны.

---

[3] Примечание для Рабочей группы: Европейский банк реконструкции и развития высказал мнение, что в Руководстве следует рассмотреть предложение о том, чтобы обеспеченный кредитор нес определенную долю бремени финансового краха, по крайней мере в том, что касается недобровольных кредиторов, таких как держатели требований из деликта и работники по найму, в частности в случаях, когда обеспеченный кредитор является держателем "ипотеки на предприятие", охватывающей все активы предприятия должника. В связи с этим было предложено включить в конце этой рекомендации следующую формулировку, предназначенную для защиты прав работников по найму: "...при условии, однако, что, если обеспеченный кредитор является держателем залога или ипотеки по сути на все активы должника, поступления от реализации обеспечения должны быть выплачены в первую очередь для удовлетворения всех накопленных и неоплаченных требований из заработной платы работников по найму (если такие требования не покрыты иной гарантией какого-либо государственного ведомства), а затем для удовлетворения всех требований из причинения личного вреда (не покрытых страхованием), а потом обеспеченному кредитору в соответствии с первой частью настоящей рекомендации".

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15

СОДЕРЖАНИЕ

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9 /WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A–F содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.A–D содержится в документах A/CN.9/ WG.V/WP.63/Add.10-11; глава V содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12; глава VI.A–C содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13-14; и глава VI.D–E будет содержаться в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16]

Часть вторая (продолжение)			*Пункты*
VII.	ИТОГИ ПРОИЗВОДСТВА		442–454
	A.	Освобождение от обязательств	442–451
		1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации	442–450
		2. Освобождение от ответственности за долги и требования при реорганизации	451
Рекомендации			(172)(173)
	B.	Завершение производства	452–454
		1. Ликвидация	453
		2. Реорганизация	454
Рекомендации			(174)(175)

Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

VII. ИТОГИ ПРОИЗВОДСТВА

A. Освобождение от обязательств

1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации[1]

442. [256] Вполне вероятно, что при ликвидации имущественной массы индивидуального должника ряд кредиторов не получат платежа в полном объеме. В законодательстве о несостоятельности необходимо урегулировать вопрос о том, будут ли эти кредиторы все еще обладать непогашенным требованием в отношении индивидуального должника или же должник будет освобождаться от обязательств по этим оставшимся требованиям.

443. [257] Когда должником является компания с ограниченной ответственностью, то вопрос об освобождении от обязательств после ликвидации не возникает: либо закон предусматривает расформирование юридического лица, либо предприятие продолжает существовать в качестве структуры, не обладающей активами. Акционеры не будут нести ответственности по оставшимся требованиям, и вопрос об их освобождении от обязательств не встает. Если предприятие должника преобразуется в предприятие другой формы, например индивидуальное предприятие (с единственным собственником), группу отдельных 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.

444. В некоторых кругах углубляется осознание необходимости признавать коммерческую неудачу в качестве естественной черты экономики и соглашаться с тем, что и слабые, и надежные предприятия могут потерпеть неудачу, хотя и по разным причинам, что 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, причем некоторые исследования позволяют предположить, что такие лица зачастую добиваются больших успехов в своей последующей предпринимательской деятельности. По этим причинам ряд стран придерживается мнения, что их режим несостоятельности должен сосредоточиваться не только на решении вопросов, связанных с такой предпринимательской неудачей, но и на содействии созданию новых возможностей для неплатежеспособных

[1] Эти пункты касаются освобождения от обязательств должника, являющегося индивидом или физическим лицом.

должников путем прояснения их финансового положения и принятия других мер для ослабления социального отчуждения, вызванного предпринимательской 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 предпринимательской неудачи, а также оказывать помощь и поддержку тем, кто потерпел такую неудачу. В то же время режим несостоятельности должен обеспечивать защиту населения и коммерческого сообщества от тех должников, поведение которых при решении своих финансовых вопросов было безответственным, небрежным или бесчестным.

445. [258] В законодательстве о несостоятельности используются разные подходы к вопросу об освобождении от обязательств. Согласно законодательству некоторых стран должник по-прежнему несет ответственность по непогашенным требованиям с учетом любого применимого срока исковой давности (который в некоторых случаях может быть весьма продолжительным и составлять, например, десять лет) и он может быть также обязанным соблюдать ряд условий и ограничений, касающихся профессиональной, коммерческой и частной деятельности. При таком порядке подчеркивается важность взаимоотношений между должником и кредитором: сохранение ответственности должника после ликвидации призвано как ужесточить финансовую дисциплину для должника, так и побудить кредитора к предоставлению финансирования. В то же время это может препятствовать проявлению творческого подхода и ведению предпринимательской деятельности, поскольку санкции в случае неудачи являются суровыми.

446. [258] Законодательство о несостоятельности других стран предусматривает полное освобождение от обязательств добросовестного, не уличенного в мошеннических действиях должника сразу же после ликвидации. При таком подходе первоочередное внимание уделяется преимуществам "нового старта", возможность для которого создается освобождением от обязательств, и он часто преследует цель содействовать развитию предпринимательского класса. Он также исходит из признания того, что чрезмерная задолженность является современной экономической реальностью и это обстоятельство следует учитывать в законодательстве о несостоятельности. Согласно третьему подходу предпринимается попытка 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 обязательств.

447. [259] При некоторых обстоятельствах может быть целесообразным ограничение возможности освобождения от обязательств. К таким обстоятельствам могут относиться случаи, когда, например, 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 и не сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности, не предоставлял или скрывал информацию, продолжал коммерческие операции в то время, когда он уже знал о своей несостоятельности, брал в долг тогда, когда он не мог разумно предполагать, что он будет в состоянии вернуть этот долг, и утаивал или уничтожал активы или отчетность после подачи заявления об открытии производства.

448. [259] 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 же, возможно, сочетание и первого, и второго. В некоторых странах, в которых предусматривается освобождение от обязательств, из сферы такого освобождения могут исключаться определенные долги, например долги, возникающие из соглашений об алиментах (платежи разведенному супругу или супруге или платежи на содержание детей должника), а также долги, возникающие из мошеннических действий, судебных штрафов и налогов. Кроме того, на должника может возлагаться обязанность соблюдения определенных условий как в ходе производства, так и в качестве условия освобождения от обязательств, что может быть осуществлено путем вынесения соответствующей рекомендации управляющим в деле о несостоятельности или судом. Эти условия могут включать ограничения в отношении способности должника привлекать новые кредиты, покидать страну и осуществлять коммерческую деятельность в течение определенного срока или же запрещение, когда это уместно, заниматься своей профессиональной деятельностью на определенный срок. Они могут также включать освобождение от обязательств, которые предоставляются на том условии, что должник впоследствии не приобретает значительного нового состояния, за счет которого могут быть выплачены предыдущие долги. Продолжительность срока применения этих положений будет разниться в зависимости от положения должника. Другие ограничения касаются того, сколько раз должник может быть освобожден от обязательств. В некоторых правовых системах освобождение от обязательств возможно только раз в жизни; в других системах предусматривается минимальный срок "ожидания", например десять лет, который должен истечь до того, как должник получит право на новое освобождение от обязательств или даже будет в состоянии 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.

449. Законодательство о несостоятельности некоторых стран также предусматривает приостановление действия освобождения от обязательств в том случае, если должник не исполняет какое-либо обязательство, или же аннулирование такого освобождения при определенных обстоятельствах, например тогда, когда оно было получено в результате мошеннических действий, когда должник обманным путем утаивал информацию, касающуюся имущества, которое должно входить в состав имущественной массы, или когда он не выполнил предписаний суда.

450. [260] 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, а 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 предпринимается попытка провести различие между лицами, являющимися простыми должниками-потребителями, и лицами, финансовая ответственность которых возникает из функционирования мелких коммерческих предприятий. Например, во многих случаях потребительский кредит используется для финансирования мелких предприятий либо в качестве стартового капитала, либо в качестве оборотных средств, и с четким распределением задолженности по категориям могут возникнуть трудности. По этой причине в правовой системе, признающей потребительскую и коммерческую задолженность физических лиц, невозможно предусмотреть такие касающиеся коммерческой задолженности физических лиц правила, которые отличались бы от правил, применимых к потребительской задолженности.

2. Освобождение от ответственности за долги и требования при реорганизации

451. [298] С целью обеспечения наилучших шансов для успешного функционирования реорганизованного предприятия должника в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться освобождение от ответственности за задолженность и требования или их изменение, причем той задолженности и требований, которые были погашены или иным образом изменены согласно плану. Такой подход способствует достижению цели обеспечения коммерческой определенности за счет признания обязательной силы прощения, аннулирования или изменения задолженности в соответствии с утвержденным планом. Этот принцип имеет особое значение для обеспечения выполнения положений плана кредиторами, отклонившими план, и кредиторами, не участвовавшими в производстве. Это также обеспечивает определенность для других кредиторов и инвесторов в том, что они не будут втянуты в непредусматриваемую ликвидацию и что им не придется конкурировать со скрытыми или незаявленными требованиями. Таким образом, освобождение от ответственности безоговорочно устанавливает, что в плане полностью урегулированы юридические права кредиторов.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся освобождения от обязательств, заключаются в следующем:

a) предоставить индивидуальному должнику возможность окончательного освобождения от ответственности за долги, возникшие до открытия производства, и предоставить ему, таким образом, возможность для нового старта;

b) установить обстоятельства, при которых будет предоставляться освобождение от обязательств, и условия такого освобождения.

Содержание законодательных положений

Ликвидация

(172) [(122)] В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает несостоятельность физических лиц, занимающихся коммерческой деятельностью, должен быть урегулирован вопрос об освобождении должника от ответственности за возникшие до открытия производства долги после [ликвидации активов имущественной массы] [прекращения ликвидационного производства]. В число различных возможных подходов входят следующие:

a) должник может быть освобожден от обязательств полностью и немедленно, если должник [является честным] [и] [не совершал мошеннических действий] [действовал добросовестно];

b) освобождение от обязательств не может вступать в силу до истечения оговоренного срока после [распределения] [открытия производства], в течение которого от должника будет ожидаться принятие мер в добросовестной попытке исполнить свои обязательства;

c) некоторые долги могут быть исключены из сферы действия освобождения, например долги, не раскрытые должником[2];

d) освобождение может быть оговорено некоторыми условиями, такими как ограничение доступа к новым кредитам или запрет заниматься коммерческой деятельностью в течение определенного срока.

Реорганизация

(173) (138) Если план реорганизации был выполнен полностью, то должника следует освободить от ответственности за все долги, которые были учтены в данном плане.

B. Завершение производства

452. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к порядку завершения или закрытия производства, причем при этом должны быть соблюдены предварительные условия для закрытия производства и процедуры такого закрытия.

1. Ликвидация

453. В законодательстве о несостоятельности ряда стран используется подход, который в целом требует, чтобы после реализации активов и распределения управляющий в деле о несостоятельности созвал совещание кредиторов и представил окончательный отчет. При условии что кредиторы согласились с таким отчетом, все, что затем требуется, согласно законодательству некоторых стран (если должник является юридическим лицом), заключается в том, что окончательный отчет и доклад о работе последнего совещания должны быть зарегистрированы в административном органе, несущем ответственность за регистрацию юридических лиц, а предприятие должника будет за-

[2] В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что определенные требования не будут затрагиваться производством по делу о несостоятельности, эти требования будут также исключаться из сферы действия освобождения, однако необходимости в их упоминании в данном разделе не имеется: см. рекомендации относительно режима требований кредиторов: см. Часть вторую, главу VI.A.

крыто, тогда как законодательство других стран требует подачи официального заявления в суд, с тем чтобы он вынес предписание о закрытии предприятия. Некоторые варианты этого общего подхода включают несколько иные процедуры, касающиеся добровольного и недобровольного производства.

2. Реорганизация

454. [299] В целом законодательство о несостоятельности применяет один из двух или трех подходов к завершению реорганизационного производства. Реорганизационное производство может считаться завершенным в том случае, если план реорганизации не был утвержден (будь то кредиторами или судом) (см. Часть вторую, главу V.A.6), если обязательства были исполнены в соответствии с таким планом и этот план в иных отношениях был выполнен полностью (с или без необходимости вынесения официального предписания суда, хотя законодательство некоторых стран предусматривает освобождение управляющего в деле о несостоятельности от исполнения его обязанностей по официальному предписанию суда), и если суд предписывает прекратить производство вследствие невыполнения плана (поскольку такой план не может быть выполнен или поскольку финансовое положение должника продолжает ухудшаться). Производство может также быть прекращено в соответствии с положениями плана или согласно какой-либо другой договоренности с кредиторами. Если производство прекращается без выполнения плана реорганизации, то законодательство о несостоятельности может предусматривать преобразование такого производства в ликвидационное, а суд может также вынести предписание об этом, с тем чтобы избежать такого положения, при котором должник останется неплатежеспособным, а его финансовое положение останется неурегулированным. Законодательство о несостоятельности ряда стран применяет иной подход, предусматривающий, что реорганизационное производство будет завершено после одобрения кредиторами плана реорганизации. В таком случае принудительная реализация прав и обязательств, предусмотренных таким планом, будет обеспечиваться в соответствии с положениями иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся завершения производства, заключаются в следующем:

a) обеспечить, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало процедуру прекращения производства после достижения цели такого производства или урегулирования ситуации, при которой цель такого производства не может быть достигнута;

b) предусмотреть закрытие предприятия должника в надлежащих случаях.

Содержание законодательных положений

Ликвидация

(174) [(123)] После полного завершения управления имущественной массой [и освобождения управляющего в деле о несостоятельности от исполнения его обязанностей] следует предусмотреть, что производство по делу о несостоятельности закрывается.

~~(124) [*новое открытие производства*]~~

Реорганизация

(175)(139) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать завершение реорганизационного производства после полного выполнения плана реорганизации. Суд может предписать прекратить производство в том случае, если план реорганизации не был выполнен, если такой план не может быть выполнен или если финансовое положение должника продолжает ухудшаться. [В случае прекращения производства без выполнения такого плана законодательство о несостоятельности должно предусматривать преобразование реорганизационного производства в ликвидационное.] ~~После того, как управление имущественной массой полностью завершено [и управляющий в деле о несостоятельности освобожден от исполнения своих обязанностей], суд должен закрыть производство.~~

~~(140) *[новое открытие производства]*~~

C. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать седьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

(A/CN.9/WG.V/WP.64)

1. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия с особым удовлетворением приняла к сведению усилия, предпринимаемые Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) и Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) с целью координации их работы по такому представляющему взаимный интерес вопросу, как режим обеспечительных интересов при производстве по делу о несостоятельности. Координация такой деятельности получила решительную поддержку, поскольку, по общему мнению, она имеет основополагающее значение для обеспечения государств всеобъемлющим и согласованным инструктивным материалом в отношении режима обеспечительных интересов при производстве по делу о несостоятельности. Комиссия одобрила внесенное предложение о пересмотре главы X проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам в свете ключевых принципов, согласованных Рабочими группами V и VI (см. документы A/CN.9/511, пункты 126–127, и A/CN.9/512, пункт 88). Комиссия также одобрила предложение о более четкой координации работы обеих рабочих групп, включая предложение о проведении однодневного совместного заседания двух рабочих групп, приуроченного к их предстоящим сессиям[1].

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17,* A/57/17, пункт 203.

2. Для содействия обсуждению на совместной сессии Рабочих групп V и VI 16 декабря 2002 года настоящая записка содержит перечень тех частей проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (изложенного в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3-16), в которых рассматривается порядок, в котором обеспеченные кредиторы могут затрагиваться законодательством о несостоятельности. В отличие от проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам проект руководства по вопросам несостоятельности не содержит отдельной главы, касающейся этих вопросов, а скорее затрагивает обеспеченных кредиторов в контексте каждой темы. В отношении некоторых вопросов данное законодательство содержит конкретную ссылку на обеспеченных кредиторов и на то, каким образом они могут быть затронуты. В связи с другими вопросами обеспеченные кредиторы будут затрагиваться таким же образом, что и все другие кредиторы, например в отношении критериев открытия производства, и по этой причине в нем не содержится конкретная ссылка на обеспеченных кредиторов. Изложенные ниже ссылки (которые относятся к соответствующим пунктам как комментария, так и рекомендаций) касаются и разделов, которые конкретно затрагивают обеспеченных кредиторов, и ссылок на обеспеченных кредиторов в тексте пунктов, в которых рассматриваются другие вопросы.

Глава III

A.2 a)	Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности	Add.5, пункты 60–62, 66
B.3 b)	Сфера применения моратория	Add.6, пункты 73, 75–77, 80–83
B.4 a)	Дискреционное или автоматическое введение моратория	пункт 83
B.4 b)	Момент введения моратория	пункт 87
B.4 c)	Срок действия моратория	пункты 91–92
B.4 e)	Защита от моратория	пункт 94
B.5.	Защита обеспеченных кредиторов	пункты 96–102 Рек-ции (40)–(42)
C.1 b)	Продажа активов, обремененных обеспечением	Add.7, пункты 109–110
C.1 f)	Возвращение активов, обремененных обеспечением	пункт 113
C.3.	Активы, принадлежащие третьим сторонам	пункт 116 Рек-ции (44)–(45), (51)
E.3 d)	Категории сделок, подлежащих расторжению	Add.9, пункт 170 Рек-ция (71)

Глава IV

C.1.	Категории кредиторов	Add.11, пункты 261–262
C.2 d)	Комитет кредиторов	пункты 269, 278–280
C.2 e)	Голосование кредиторов	пункт 292 Рек-ция (110)

Глава V

A.4.	План (реорганизации)	Add.12, пункт 321
A.5.	Утверждение плана	пункты 325, 327, 329–334
A.6.	Неутверждение плана	пункты 346–347
A.8 a)	Возражения против утверждения плана	пункт 349
A.8 b)	Меры, требуемые для подтверждения судом	пункт 351
B.	(Упрощенная) реорганизационная процедура	Add.12, пункт 369

Глава VI

A.2 a)	Кредиторы, которые должны предъявить требования	Add.13, пункты 377–379 Рек-ции (148), (157)
B.1.	Необходимость в финансировании после открытия производства	Add.14, пункт 414
B.3.	Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения	пункты 416–420 Рек-ции (162)–(164)
C.1 a)	Приоритеты – обеспеченные кредиторы	Add.14, пункты 423–425 Рек-ция (168)

D. Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 24–28 февраля 2003 года) (A/CN.9/530)

[Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	ВВЕДЕНИЕ: РЕЗЮМЕ ПРЕДЫДУЩИХ ОБСУЖДЕНИЙ РАБОЧЕЙ ГРУППЫ	1–9
II.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	10–16
III.	РЕЗЮМЕ ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЙ	17–19
IV.	ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	20–122
	Часть вторая. Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности	20–37
	E. Процедура расторжения сделок (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	20–25
	Рекомендации	20–25
	F. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты	26–37
	Рекомендации	26–37
	Часть вторая. Глава IV. Участники и учреждения	38–73
	A. Должник (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	38–46
	Рекомендации	38–46
	B. Управляющий в деле о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	47–56
	Рекомендации	47–56
	C. Кредиторы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	57–73
	Рекомендации	57–73
	Категории кредиторов	57–58
	Участие кредиторов	59–73
	D. Институциональные основы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	74
	Часть вторая. Глава V. Реогранизация	75–101
	A. План реорганизации (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	75–93
	Рекомендации	75–93
	B. Упрощенное реорганизационное производство (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	94–101
	Рекомендации	94–101
	Часть вторая. Глава VI. Ведение производства	102–122
	A. Требования кредиторов	102–115
	Рекомендации	102–115
	B. Финансирование после открытия производства	116–122
	Рекомендации	116–122

I. ВВЕДЕНИЕ: РЕЗЮМЕ ПРЕДЫДУЩИХ ОБСУЖДЕНИЙ РАБОЧЕЙ ГРУППЫ

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии (1999 год) было представлено предложение Австралии (A/CN.9/462/Add.1) о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности. В этом предложении содержалась рекомендация 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, 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 успе-

хом. 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.

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 (Международная федерация ИНСОЛ) 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. На своей двадцать четвертой сессии (Нью-Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года) Рабочая группа по законодательству о несостоятельности рассмотрела первый проект 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) и двадцать седьмой (Вена, 9–13 декабря 2003 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 разработки 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.

II. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ

10. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою двадцать восьмую сессию в Нью-Йорке 24–28 февраля 2003 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Германии, Испании, Италии, Камеруна, Канады, Китая, Кении, Колумбии, Литвы, Марокко, Мексики, Парагвая, Российской Федерации, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

---

[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.

[3] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункт 194.

11. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Беларуси, Болгарии, Венесуэлы, Вьетнама, Дании, Иордании, Ирландии, Ливийской Арабской Джамахирии, Маршалловых Островов, Объединенной Республики Танзании, Республики Корея, Турции, Филиппин и Швейцарии.

12. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций: *a)* организации системы Организации Объединенных Наций: Международное бюро труда (МБТ), Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк; *b)* неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов, Центр международно-правовых исследований, Аналитическая группа по вопросам несостоятельности и ее предотвращения (ГРИП 21), Международная ассоциация адвокатов, Комитет J (МАА), Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), Международный институт по вопросам несостоятельности (III).

13. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Визит ВИЗИТСОРА-АТ (Таиланд)

Докладчик: г-н Луис Умберто УСТАРИС ГОНСАЛЕС (Колумбия)

14. На рассмотрении Рабочей группы находилась записка Секретариата: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63 и Add. 1–17). Эти документы, в которых содержатся текст комментария руководства и рекомендации, были пересмотрены в свете итогов обсуждений Рабочей группы, состоявшихся на ее двадцать пятой и двадцать шестой сессиях. На своей двадцать седьмой сессии Рабочая группа завершила рассмотрение документов A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3–9 (до рекомендации 77 включительно).

15. В распоряжении Рабочей группы имелись также 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 и 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; 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) и тридцать пятой сессий (2002 год) (A/57/17); 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) и двадцать седьмой (декабрь 2002 года) (A/CN.9/529) сессий.

16. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Расписание 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

17. Рабочая группа рассмотрела проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, начав с документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, рекомендация 77, и обсудив далее документы A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10–17 (рекомендация 165). По причине нехватки времени Рабочая группа не смогла завершить рассмотрение оставшейся части документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, а также добавлений Add.15, 16, 17, 1 и 2. Ход обсуждения и принятые Рабочей группой решения в связи с различными рассмотренными пунктами повестки дня излагаются ниже.

18. Рабочая группа провела обзор хода работы по рассмотрению проекта руководства для законодательных органов в свете принятого на ее двадцать седьмой сессии решения о том, что проект руководства для законодательных органов должен быть представлен Комиссии в 2003 году для предварительного рассмотрения и оценки основополагающих принципов, на которых он основывается[4], и приняла следующую рекомендацию Комиссии:

"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 добавлениях 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

[4] Документ A/CN.9/529, пункт 17.

5) поручить Рабочей группе завершить ее работу над руководством для законодательных органов и представить его Комиссии в 2004 году для одобрения и принятия".

19. Рабочая группа отметила, что для завершения рассмотрения руководства для законодательных органов ей потребуется провести дополнительные сессии во второй половине 2003 года и, возможно, в первой половине 2004 года. Были высказаны оговорки в отношении способности Рабочей группы достичь удовлетворительных выводов применительно к документу A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17, касающемуся коллизии норм права, если в ее распоряжении не будет иметься надлежащих возможностей для проведения обсуждений и дискуссий, а также в отношении того времени, которое может потребоваться для проведения таких обсуждений и дискуссий, если они будут проводиться не в ущерб времени, которое имеется в настоящий момент для завершения работы над руководствами для законодательных органов, или если не потребуется отсрочить дату окончания подготовки руководства для законодательных органов. Было высказано мнение, что Рабочая группа могла бы рассмотреть эти вопросы на одной из будущих сессий, с тем чтобы оценить вероятность достижения соглашения по тексту, предложенному в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. В целях облегчения рассмотрения проекта руководства для законодательных органов было предложено проинформировать Комиссию об уже проделанной работе над руководством для законодательных органов и о той работе, которую все еще предстоит осуществить.

IV. ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ВОПРОСАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Часть вторая. Глава III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

E. Процедура расторжения сделок (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Рекомендации

20. Завершив обсуждение на своей двадцать седьмой сессии в декабре 2002 года рекомендацией 76, Рабочая группа возобновила свою работу над проектом руководства с рекомендации 77.

21. Рабочая группа решила заменить слово "может" в четвертой строке текста рекомендации 77 словами о том, что в законодательстве следует конкретно оговорить срок для возбуждения процедуры расторжения сделок, хотя и было отмечено некоторое расхождение мнений в отношении того, следует ли такой срок указывать в законодательстве о несостоятельности или же в общем процессуальном законодательстве. Еще одно предположение заключалось в том, что слова "о котором известно управляющему в деле о несостоятельности" являются излишними и что их можно было бы исключить из данной рекомендации.

22. Рабочая группа обсудила два ключевых аспекта в связи с рекомендацией 78. Во-первых, Рабочая группа решила, что из двух терминов, взятых в квадратные скобки, слово "чрезмерным" следует освободить от квадратных скобок и сохранить в тексте, а слово "неоправданным" исключить. Было также решено добавить сноску, с тем чтобы разъяснить, что "чрезмерные" затраты касаются оценки затрат и выгод от действий по расторжению сделок и подразумеваемого правила о том, что если затраты на данную процедуру будут превышать выгоды для имущественной массы, то такую процедуру не следует использовать. Во-вторых, превалирующее мнение заключалось в том, что из вариантов, предложенных во втором предложении текста данной рекомендации, пункты *a)* и *c)* должны быть исключены. В поддержку такого согласованного изменения было отмечено, что действия по расторжению могут наносить серьезный ущерб шансам на успешную реализацию предложений по реабилитации предприятия и что это требует сбалансированного рассмотрения по существу подобных действий стороной, не являющейся кредитором, прежде чем эти действия будет разрешено предпринять. Иная точка зрения, которая получила определенную поддержку, заключалась в том, что с помощью пункта *a)* обеспечиваются необходимые стимулы в тех ситуациях, когда управляющий в деле о несостоятельности имеет веские основания для действий по расторжению, однако лишен необходимого финансирования, и что в любом случае рекомендация 78 носит дискреционный характер и всего лишь излагает различные подходы, которые могут быть использованы. Было также подчеркнуто, что в руководстве следует провести четкое различие между финансированием процедуры и стороной, которая может предпринимать действия по расторжению (что затрагивается в рекомендации 76). В качестве вопроса редакционного характера было предложено исключить требование в отношении обоснования решения управляющего в деле о несостоятельности не прибегать к действиям по расторжению и заменить в первом предложении текста этого пункта слово "либо" словом "например".

23. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить рекомендацию 79 и заменить слово "возможные" в связи с возражениями словом "конкретные". Хотя была выражена некоторая озабоченность в связи с тем, что данное положение не обязательно является компонентом законодательства о несостоятельности и его можно было бы оставить для включения в общее законодательство, было подчеркнуто, что оно тесно связано с рекомендацией 70 и по причинам ясности и определенности должно быть включено в законодательство о несостоятельности. Такой подход получил определенную поддержку.

24. Рабочая группа решила сохранить рекомендацию 80 с некоторыми изменениями редакционного характера. Было предложено исключить ссылку на "категории лиц", поскольку требуется всего лишь ссылка на определенных конкретно указанных лиц и приведение примера лиц, связанных с должником. Было отмечено, что этот вопрос рассматривается в пункте 172 комментария. Было высказано предположение, что полезным добавлением к данной рекомендации могли бы быть слова о том, что какие бы доказательственные презумпции не применялись, они должны быть прямо изложены в законодательстве. Предложение редакционного характера, которое получило определенную поддержку, заключалось в том, чтобы заменить слова "расторжения определенных сделок, совершенных в течение" словом "прямо". В ответ на предположение о том, что эта рекомендация могла бы с пользой для дела содержать ссылку на "подозрительные" периоды в отношении лиц, связанных с должником, было подчеркнуто, что этот вопрос затрагивается в рекомендации 72.

25. В ходе обсуждения было отмечено, что рекомендация 81 содержит по меньшей мере два отличающихся друг

от друга положения, которые, как было предложено, можно было бы разделить на разные рекомендации, т. е. положение о последствиях расторжения какой-либо сделки с точки зрения распоряжений в отношении контрагента и положение о санкциях за отказ контрагента выполнять такие распоряжения. Было указано, что обычным последствием расторжения сделки будет аннулирование этой сделки и исполнение судебного приказа в отношении контрагента, а не последствие, указанное во втором предложении текста этой рекомендации. Однако было признано, что законодательство о несостоятельности может предусматривать дополнительное последствие в том смысле, что контрагент не сможет принять участие в каком-либо распределении. После обсуждения предложение об исключении второго предложения текста этой рекомендации получило определенную поддержку. Противоположное мнение заключалось в том, что это предложение текста следует сохранить и изменить его формулировку, с тем чтобы оно предусматривало обстоятельства, когда контрагент действовал добросовестно, но не был в состоянии вернуть полученную выгоду. В отношении первого предложения текста рекомендации 81 Рабочая группа решила, что термин "материальные выгоды" является слишком широким и его следует заменить формулировкой, которая используется в пункте 188 комментария и которая предусматривает предъявление контрагенту требования "возвратить полученные активы или произвести платеж наличными на сумму сделки в имущественную массу".

F. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты

Рекомендации

26. Были высказаны разные мнения в отношении содержания и формулировок рекомендаций 82–88. Было высказано предположение, что в этих рекомендациях необходимо разъяснить ряд вопросов, включая вопрос о существовании прав на зачет в момент открытия производства по делу о несостоятельности в отличие от осуществления этих прав с учетом момента открытия такого производства; вопрос о том, возникают ли такие права в соответствии с отдельными контрактами или же каким-либо одним контрактом, а также вопрос о различиях, которые необходимо провести между такими правами, в том числе различиях с точки зрения применения моратория и последующего режима таких прав; вопрос о взаимозачете нефинансовых обязательств; а также вопрос о любых исключениях, которые могут потребоваться в отношении определенных видов контрактов, из действия законодательства о несостоятельности (например, автоматический мораторий, положения о расторжении и положения об автоматическом прекращении контрактов).

27. В отношении рекомендации 82 было отмечено, что она в своей нынешней формулировке всего лишь сохраняет право на зачет, которое возникло в соответствии с общим законодательством и может быть реализовано независимо от открытия производства по делу о несостоятельности. На основе такого понимания эта рекомендация может быть поддержана.

28. В отношении рекомендации 83 было отмечено, что, хотя законодательство некоторых стран не разрешает производить зачет после открытия производства по делу о несостоятельности, если только условия для зачета не возникли до открытия такого производства, законодательство других стран допускает зачет после открытия производства. Было высказано предположение, что требуется конкретно оговорить соответствующие условия в дополнение к требованию о том, чтобы взаимные требования возникали из одного и того же соглашения. Такие условия должны включать условия о том, что должник, стремящийся прибегнуть к зачету, должен иметь право на это и что осуществление зачета должно обусловливаться решением управляющего в деле о несостоятельности или суда.

29. В отношении рекомендации 84 было высказано предположение, что определение "финансовых контрактов" нуждается в тщательном изучении. Одно из мнений заключалось в том, что его следует ограничить сделками, которые образуют часть генерального соглашения, предусматривающего урегулирование между сделками. Другое мнение заключалось в том, что определение, основывающееся на статье 5 *k)* Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, является слишком узким и не включает, например, сделки, совершенные как на бирже, так и за рамками биржи.

30. Было высказано предположение, что в руководстве следует разъяснить непостоянство соответствующих финансовых рынков, проблемы, связанные с системными рисками, и вытекающую из этого необходимость предусмотреть исключения из обычных правил, касающихся несостоятельности, как предлагается в рекомендациях 85–88. С учетом этого было высказано предположение, что в руководстве не следует предпринимать попытки урегулировать весьма сложные и трудные вопросы, возникающие в связи с такими контрактами, а необходимо сосредоточить внимание на обычных вопросах зачета. Иная точка зрения заключалась в том, что в руководстве первоочередное внимание следует уделить необходимости сохранения финансовых рынков и установлению специальных правил, которые требуются для достижения этой цели. В отношении исключений, предлагаемых в рекомендациях 86–88, одно из мнений заключалось в том, что все такие исключения необходимы для финансовых сделок и должны быть конкретно предусмотрены в разделе F, а также согласованы с рекомендациями в отношении исключений, которые уже было решено включить в предыдущие главы, касающиеся моратория, режима контрактов и расторжения сделок. В отношении расторжения сделок одно из мнений заключалось в том, что их расторжение будет иметь значение только в случае фактического мошенничества. Другая точка зрения заключалась в том, что на финансовые сделки следует распространить действие положений о расторжении таким же образом, как и на другие сделки.

31. Рабочая группа рассмотрела следующий предложенный пересмотренный текст рекомендаций, касающихся права на зачет:

"(82) Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, которое было правомерно реализовано до открытия производства по делу о несостоятельности [за исключением того, что изложено в рекомендации 82A].

(82A) Реализация права на зачет до открытия производства по делу о несостоятельности должна быть оспоримой при следующих обстоятельствах:

[добавить любые исключения из рекомендации 82]

(83) Законодательство о несостоятельности должно допускать, без применения моратория, реализацию после открытия производства по делу о несостоятельно-

сти действительного права на зачет, существовавшего, но не реализованного в момент открытия такого производства, если взаимное обязательство возникло в отношении одной и той же сделки.

(83A) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать применение моратория в отношении реализации права на зачет, возникающего из обязательств по отдельным сделкам, при условии исключений в отношении определенных финансовых контрактов, как указано в рекомендации 84.

[(83B) Кредитор, на требование которого распространяется действительное право на зачет, существовавшее в момент открытия производства по делу о несостоятельности, реализация которого была приостановлена в соответствии с рекомендацией 83A, должен рассматриваться как кредитор, обладающий обеспеченным требованием в объеме такого действительного, но нереализованного права на зачет, включая способность получать освобождение от применения моратория.]

(84) Законодательство о несостоятельности должно допускать прекращение, закрытие и зачет или взаимозачет обязательств по финансовым контрактам, независимо от того, осуществляется ли это согласно соответствующим контрактам, смежным соглашениям или применимым как-либо иначе нормам права, и к реализации прав стороны, не являющейся должником, по отношению к ним (включая реализацию обеспечения по отношению к ним) не должен применяться мораторий согласно законодательству о несостоятельности.

(85) Обязательства в отношении финансовых контрактов и передача имущества в связи с такими контрактами не должны быть оспоримыми согласно законодательству о несостоятельности [за исключением случая передачи, предназначенной для того, чтобы отсрочить действия кредиторов, воспрепятствовать их действиям или обмануть их].

(86) [добавить определение финансовых контрактов]".

32. В пересмотренных рекомендациях предпринимается попытка разделить эту тему на три ключевых вопроса. Были высказаны разные мнения в отношении подхода, который следует применить в рекомендациях к этим трем вопросам.

33. В связи с первым вопросом, касающимся права на зачет, существовавшего до наступления несостоятельности, как это изложено в рекомендациях 82 и 82A, была выражена решительная поддержка формулировке, предусматривающей, что законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, которое было правомерно реализовано до открытия производства по делу о несостоятельности, при условии применения положений о расторжении сделок.

34. В связи со вторым вопросом, касающимся права на зачет, возникающего после открытия производства по делу о несостоятельности, как это изложено в рекомендациях 83–83B, была выражена некоторая поддержка предложению предусмотреть применение моратория к праву на зачет с соответствующими исключениями, однако Рабочая группа не смогла достичь согласия в отношении дополнительных деталей. В частности, была выражена некоторая озабоченность в связи со статусом кредитора, указанного в рекомендации 83B, в качестве обеспеченного кредитора, и было отмечено, что в законодательстве различных стран используется целый ряд подходов к урегулированию этого вопроса.

35. В связи с третьим вопросом, касающимся права на зачет по финансовым обязательствам, как это изложено в рекомендациях 84–86, была выражена некоторая поддержка адаптации этого проекта предложения, с тем чтобы в нем рекомендовалось следующее: "Для защиты целостности финансовых рынков законодательство о несостоятельности должно урегулировать вопрос о том, каким образом открытие производства по делу о несостоятельности будет затрагивать [существующие] взаимные финансовые обязательства между должником и кредитором".

36. Было решено, что определение понятия финансовых контрактов имеет решающее значение для рекомендаций 84 и 85. Было указано, что в законодательстве различных стран используются разные определения, и хотя это обстоятельство может затруднить разработку единого определения, тем не менее такие определения могут быть полезными для их учета в ходе обсуждения в Рабочей группе.

37. С учетом того, что данная тема требует дальнейшего обсуждения Рабочей группой, прежде чем может быть достигнута согласованная позиция, а также того обстоятельства, что на ее нынешней сессии может и не хватить времени для проведения такого обсуждения, было предложено поместить пересмотренный текст в квадратные скобки для его рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий. Было отмечено, что, с учетом большого значения вопроса о зачете в практике несостоятельности, он чрезвычайно важен для обеспечения полезности руководства и его следует урегулировать в настолько подробном своде рекомендаций, насколько это является возможным.

Часть вторая. Глава IV. Участники и учреждения

A. Должник (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Рекомендации

38. Рабочая группа решила, что исключение текста, взятого в квадратные скобки в положении, посвященном целям, является в целом приемлемым.

39. Рабочая группа решила, что рекомендация 89 в целом является приемлемой. Было предложено использовать в целях обеспечения последовательности терминологии в руководстве либо слова "производство по делу о несостоятельности", либо ссылку на "как ликвидационное, так и реорганизационное производство". Было отмечено, что, поскольку в соответствии с законодательством о несостоятельности некоторых стран право быть заслушанным может быть изменено в тех случаях, когда предприятие-должник не функционирует и не может быть заслушано или когда нельзя ожидать, что акционеры и собственники предприятия-должника будут участвовать в распределении, такой подход следует отразить в комментарии, но что данная рекомендация не должна предусматривать какие-либо ограничения. Это мнение получило поддержку.

40. В отношении рекомендации 90 Рабочая группа решила, что, хотя второе предложение текста следует исключить, его содержание необходимо отразить в комментарии. Была выражена озабоченность в связи с тем, что право запрашивать информацию не должно использоваться для задержки или подрыва производства и поэтому должно быть

ограничено информацией, конкретно указанной в законодательстве о несостоятельности, или же информацией, касающейся производства и прав и обязательств должника. Эти предложения об установлении такого ограничения получили поддержку.

41. Была высказана точка зрения, что рекомендацию 91 необходимо более тесно согласовать с рекомендацией 29 для обеспечения того, чтобы право сохранять активы относилось только к тем активам, которые исключаются законодательством о несостоятельности.

42. В отношении рекомендации 92 было внесено несколько предложений, включая предложения о добавлении обязательства о составлении списка должников, а также кредиторов; исключении слов, взятых в квадратные скобки в пункте *a)*, наряду с отражением их содержания в комментарии; и добавлении ссылок на информацию о сделках в целом, а не только о сделках, совершенных в течение "подозрительного" периода, на информацию об активах, обязательствах, доходах и выплатах, а также ссылки на необходимость предоставлять информацию в момент открытия производства при условии предоставления должнику времени, необходимого для сбора соответствующей информации. Было предложено заменить пункт *e)* положением, требующим от должника направлять уведомление в том случае, если он предполагает или вынужден покинуть свое обычное место жительства. Это предложение получило поддержку. Еще одно предположение заключалось в том, что данная рекомендация должна также предусматривать случай переноса штаб-квартиры юридического лица, который должен обусловливаться согласием суда или управляющего в деле о несостоятельности. Это предложение также получило поддержку.

43. В отношении пункта *c)* рекомендации 92 Рабочая группа согласилась с тем, что нецелесообразно ссылаться на передачу должником контроля над иностранными активами управляющему в деле о несостоятельности, поскольку во многих случаях должник может и не быть в состоянии выполнить это обязательство с учетом норм права, применимых в иностранной правовой системе. Напротив, от должника следует требовать содействия изъятию управляющим в деле о несостоятельности активов, находящихся за рубежом, или сотрудничества в этом. Напоминалось о том, что в ходе предыдущего обсуждения Рабочая группа решила, что любое определение понятия имущества, входящего в состав имущественной массы, должно соответствовать Типовому закону ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, с тем чтобы такое определение включало имущество должника независимо от того, где оно находится.

44. Рабочая группа согласилась с целью рекомендации 93, однако отметила, что указанное в ней обязательство относится в равной мере к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам, и в связи с этим, возможно, было бы целесообразным включить такое обязательство в какую-либо другую часть руководства. Было отмечено, что существует вероятность несоответствия между обязательством соблюдать конфиденциальность и обязательством предоставлять информацию, изложенным в рекомендации 92, и что это должно быть принято во внимание при пересмотре данной рекомендации. В качестве вопроса редакционного характера было высказано предположение, что слова "конфиденциальные коммерческие сведения" являются неясными и их можно было бы заменить словами "является объектом обязательств".

45. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить нынешний текст и все три подхода, изложенные в рекомендации 94, с некоторыми незначительными поправками. Было указано – и это получило определенную поддержку, – что слова, взятые в квадратные скобки во вступительной части текста рекомендации 94, являются излишними и могут быть исключены. В качестве альтернативы было предложено заменить этот текст словами "в ходе производства по делу о несостоятельности". Было указано, что данную рекомендацию можно было бы улучшить путем перегруппировки положений, т. е. путем включения сначала пунктов *c)* и *b)*, для того чтобы учесть случай реорганизации, за которыми следовал бы пункт *a)*, имеющий значение в контексте ликвидации. Другие предложения редакционного характера включали изменение названия этой рекомендации, с тем чтобы в нем содержалась ссылка на право должника продолжать свои деловые операции, и исключение из пункта *c)* слов "без назначения управляющего в деле о несостоятельности".

46. Обсудив рекомендацию 95, Рабочая группа решила, что необходимо провести различие между уровнем ответственности должника и последствиями его отказа от исполнения своего обязательства, которые следует в полной мере рассмотреть в комментарии, а также включить в него перекрестные ссылки. Было отмечено, что вопрос о недействительности сделок, заключенных должником, рассматривается в рекомендациях, касающихся расторжения сделок (конкретно в рекомендации 68), и он может быть исключен из рекомендации 95. При обсуждении вопроса о том, к кому могут применяться санкции, широкая поддержка была выражена включению в любое определение должника любого ответственного лица, которое могло бы быть в целом охарактеризовано как осуществляющее контроль над предприятием-должником и которое включало бы любых директоров или управляющих в том случае, если должником является какая-либо корпорация. Предложения редакционного характера предусматривали исключение слов "будь то физическим лицом или коммерческим предприятием" и замену слова "недействительными" словами "не имеющими юридической силы".

B. Управляющий в деле о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Рекомендации

47. Рабочая группа решила, что содержание положений о целях является приемлемым.

48. В отношении рекомендации 96 Рабочая группа решила, что слово "могут" следует заменить словом "должны" и что основания, по которым может быть исключена возможность назначения какого-либо лица управляющим в деле о несостоятельности, следует рассмотреть в комментарии. Предлагаемые основания включали следующее: физическое лицо стало несостоятельным, оно было отстранено от должности в системе публичной администрации или осуждено за мошенничество. Кроме того, было высказано предположение о том, что в комментарии можно было бы рассмотреть такие позитивные качества, как честность, неподкупность и надлежащие навыки управления. Было отмечено, что иные нормы права, чем законодательство о несостоятельности, могут предусматривать регулирование профессиональной деятельности управляющих в деле о несостоятельности.

49. После некоторого обсуждения Рабочая группа решила, что формулировки рекомендаций 97, 98 и 105 могут

быть изменены, с тем чтобы лучшим образом разъяснить взаимосвязь между назначением и вознаграждением управляющего в деле о несостоятельности. Принимая это решение, Рабочая группа отметила, что содержание рекомендации 97 в ее нынешней формулировке является приемлемым, хотя и было высказано предположение, что вступительная часть текста этой рекомендации могла бы быть заменена словами: "если управляющий в деле о несостоятельности подлежит назначению, то законодательство о несостоятельности должно устанавливать…", с тем чтобы обеспечить соответствие с рекомендацией 94 *c)*. Общее предложение редакционного характера заключалось в том, что вместо термина "имущественная масса, лишенная активов" следует использовать термин "имущественная масса в деле о несостоятельности, лишенная активов", причем этот термин необходимо определить в глоссарии.

50. Хотя Рабочая группа по существу согласилась с необходимостью раскрывать любую информацию, касающуюся коллизии интересов, как это в настоящее время требуется рекомендацией 99, напоминалось о том, что Рабочая группа не пришла к какому-либо мнению о степени, в какой такая коллизия интересов должна лишать какое-либо физическое лицо возможности быть назначенным управляющим в деле о несостоятельности, поскольку законодательство о несостоятельности использует разные подходы к решению этого вопроса. Было предложено рассмотреть такие разные подходы в комментарии. Некоторая поддержка была выражена предложению о том, что если коллизия интересов затрагивает независимость или беспристрастность управляющего в деле о несостоятельности, то такое лицо не следует назначать, или если коллизия интересов возникает в ходе производства, то такое лицо следует отстранить от должности. Было решено, что подобная норма должна применяться к служащим или возможным служащим управляющего в деле о несостоятельности и что ее следует отразить в любом пересмотренном тексте этих рекомендаций. Предложения редакционного характера включали проведение пересмотра нынешнего текста рекомендации 99 на предмет выявления повторений и включение в начало текста этой рекомендации слов о том, что было бы нежелательным, чтобы лицо, которое сообщило о наличии материальной коллизии интересов, назначалось в качестве управляющего в деле о несостоятельности. Было также высказано предположение о том, что в руководстве следует указать сторону, которой должен быть раскрыт факт наличия коллизии интересов. Была отмечена взаимосвязь между рекомендациями 99 и 102 и было предложено объединить эти два положения. Кроме того, было предложено прямо указать в руководстве на то обстоятельство, что обязательство раскрывать информацию должно действовать в ходе всего производства по делу о несостоятельности.

51. В отношении рекомендации 100 напоминалось о том, что на своих предыдущих сессиях Рабочая группа рассмотрела два разных подхода к этой рекомендации, включая перечень обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности в рекомендации или в комментарии, и была выражена поддержка обоих подходов. После дальнейшего обсуждения было решено, что примеры, приведенные в пунктах *a)–n)* рекомендации 100, следует включить в комментарий с некоторыми добавлениями, включая обязанность соблюдать конфиденциальность или вести обновляемый перечень требований, которые были проверены и признаны. Было отмечено, что несоответствие между разными обязанностями и функциями, например обязанностями и функциями, предусмотренными в пунктах *a)* и *g)* этой рекомендации, и между примерами, которые приводятся в пункте 242, и примерами, изложенными в этой рекомендации, можно было бы с большей легкостью разъяснить, если такой перечень включить только в комментарий. На том основании, что в рекомендации 94 *c)* содержится ссылка на сохранение владения за должником в качестве возможного подхода при реорганизации, было высказано предположение о том, что при повторном рассмотрении перечня обязанностей и функций, подлежащего включению в комментарий, можно было бы указать те обязанности и функции, которые особо затрагиваются сохранением владения за должником. Секретариату было предложено рассмотреть в ходе пересмотра этой рекомендации возможность добавления нескольких слов после слов "обязанности и функции", с тем чтобы более точно указать направленность таких обязанностей и функций, например слов "соблюдение порядка управления производством и сохранение и защита имущественной массы в деле о несостоятельности".

52. С учетом решения Рабочей группы в отношении рекомендаций 99 и 100 было достигнуто согласие об исключении ссылки на эти рекомендации, содержащейся в рекомендации 101. Хотя было отмечено, что существует проблема редакционного характера, возникшая в связи с содержащимися в первом предложении текста словами "последствия… выполнения управляющим в деле о несостоятельности его обязанностей", по общему мнению, в данном предложении текста следует затронуть случай невыполнения управляющим в деле о несостоятельности своих обязанностей и отказа надлежащим образом выполнять такие обязанности, а также возможную ответственность, возникающую в каждом случае. Предложенное добавление предусматривало включение ссылки на вероятность того, что в некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности не будет нести личной ответственности, например в соответствии с законодательством о несостоятельности определенных стран не возникает личной ответственности за экологический ущерб, причиненный должником до назначения управляющего в деле о несостоятельности.

53. В отношении рекомендации 102 было предложено включить в пункт *b)* ссылку на квалификационные требования в дополнение к ссылке на компетенцию. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы включить ссылку на обстоятельства, при которых функции управляющего в деле о несостоятельности изменяются, например в случае, когда производство преобразуется из ликвидационного в реорганизационное. Такое преобразование может потребовать замены существующего управляющего в деле о несостоятельности на основании квалификационных требований или компетенции или, как в случае сохранения владения за должником при реорганизации, его отстранения от должности, а не замены. Эти предложения получили определенную поддержку. Было высказано предположение, что в связи со случаем, когда управляющему в деле о несостоятельности предъявляется иск в его официальном качестве, в руководстве следует обсудить необходимость того, чтобы данный иск рассматривался тем же судом, который назначил управляющего в деле о несостоятельности, во избежание возникновения неопределенности и путаницы.

54. В качестве вопроса редакционного характера было решено, что рекомендация 103 должна начинаться словами "законодательство о несостоятельности должно преду-

сматривать процедуру отстранения от должности управляющего в деле о несостоятельности…"; а слово "однако" заменено словом "и". Было также решено, что данная рекомендация должна наделять управляющего в деле о несостоятельности правом быть заслушанным в любом случае, когда предстоит его отстранение от должности, независимо от того, происходит ли это по инициативе кредиторов или по решению суда, на том основании, что такое отстранение представляет собой санкцию, а управляющий в деле о несостоятельности всегда будет обладать правом изложить свои аргументы.

55. Было высказано предположение о том, что, поскольку законодательство о несостоятельности некоторых стран требует, чтобы отставка управляющего в деле о несостоятельности была одобрена судом, такую возможность следует отразить в рекомендации 104. Было решено, что данная рекомендация не должна конкретно требовать такого одобрения, но может содержать ссылку на необходимость того, чтобы законодательство о несостоятельности указывало, может ли такое одобрение быть необходимым.

56. В отношении рекомендации 105 было предложено конкретно указать, что предусмотренный ею приоритетный порядок является административным приоритетом. В ответ напоминалось о том, что ссылка на уровень приоритета не носит конкретного характера и призвана согласовать разные мнения по этому вопросу, которые были высказаны на предыдущих сессиях Рабочей группы.

C. Кредиторы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

Рекомендации

– Категории кредиторов

57. Что касается положения о цели, то Секретариату было предложено подготовить проект текста на основе пункта 261 комментария с включением в него предложения о равном статусе кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и рассмотреть вопрос о месте в руководстве, в котором будет отражено это предложение.

58. Рабочая группа решила, что взятый в квадратные скобки текст в конце рекомендации 106 следует перенести в комментарий и что необходимо расширить примеры для включения других положений законодательства о несостоятельности, которые предусматривают предоставление разного статуса с учетом категорий кредиторов.

– Участие кредиторов

59. В отношении положения о целях было высказано предположение, что пункт *b)* является слишком узким и не будет учитывать те ситуации, в которых создание комитета кредиторов не является необходимым или целесообразным. Кроме того, было высказано предположение, что основное внимание следует уделить содействию участию кредиторов, которое может быть достигнуто через механизм комитета кредиторов. Для того чтобы отразить эти предположения, было предложено объединить пункты *b)* и *c)* следующим образом: "*b)* предусмотреть механизм назначения комитета кредиторов в том случае, когда это будет способствовать участию общего органа кредиторов в производстве по делу о несостоятельности". Это предложение было принято.

60. Хотя Рабочая группа решила, что общий орган кредиторов должен будет утверждать план реорганизации согласно пункту *a)* рекомендации 107, была выражена определенная озабоченность в отношении предполагаемого толкования пункта *b)*. Было высказано мнение, что кредиторы должны быть в состоянии определять вопросы, рекомендации по которым они желают представлять управляющему в деле о несостоятельности (вместо того, чтобы такие вопросы определялись самим управляющим в деле о несостоятельности), и что вопросы, рекомендации по которым они могут направлять, должны быть сформулированы в общей форме как вопросы, "относящиеся к управлению имущественной массой и имуществу, которое входит в ее состав". Еще одно предположение заключалось в том, что кредиторы должны обладать правом принимать решения по ряду вопросов, включенных в пункт *b)*, помимо права выносить рекомендации. Напоминалось о том, что рекомендация 107 призвана установить минимальный стандарт и что с учетом этого формулировка вступительной части второго предложения текста может быть изменена следующим образом: "Такие полномочия и функции могут включать"; за этой формулировкой будет следовать пункт *a)*, а затем пункт *b)* в более общей формулировке. Детали, касающиеся пункта *b)*, могут быть отражены в комментарии. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект текста с учетом этих соображений.

61. В отношении рекомендации 108 было высказано предположение, что ссылка на требования к голосованию является слишком узкой и что в эту рекомендацию следует также включить требования в отношении того, кто имеет право голосовать.

62. Получило поддержку предложение об изменении текста рекомендации 109 следующим образом: "Законодательство о несостоятельности должно конкретно оговаривать вопросы, в связи с которыми кредиторы должны обладать индивидуальным правом быть заслушанными в ходе производства по делу о несостоятельности". В таком случае в комментарии необходимо рассмотреть конкретные вопросы, которые должны быть отражены в законодательстве о несостоятельности.

63. В отношении рекомендации 110 были высказаны различные мнения. Определенную поддержку получило предложение об использовании слов "могут" и "может" в тех случаях, когда они взяты в квадратные скобки в первом и втором предложениях текста, и о замене слов "в каком обеспечено их требование" в конце второго предложения текста словами "в каком их требование не обеспечено". Была выражена определенная озабоченность в связи с тем, что в Рабочей группе, возможно, и не возникло общего понимания слова "участие"; в некоторых случаях его можно понимать таким образом, что оно включает право на явку, заслушивание и участие в голосовании, тогда как в других случаях оно может включать только право голосовать. Для устранения любых возможных различий в толковании было предложено, чтобы данная рекомендация четко указывала на то, какое "участие" предполагается предусмотреть. В качестве вопроса редакционного характера было отмечено, что существует целый ряд возможных толкований слов "ограничивать их участие", содержащихся во втором предложении текста данной рекомендации, и было предложено заменить их словами "допускать их участие". Для обеспечения права обеспеченных кредиторов быть заслушанными и принимать участие, помимо изменений, предложенных в отношении рекомендации 110, было предложено включить в рекомендацию 109 ссылку на "всех кредиторов, будь то обеспеченных или

необеспеченных". В отношении последнего предложения текста рекомендации 110 было высказано предположение о том, что участие обеспеченных кредиторов должно ограничиваться в той мере, в какой их интересам наносится ущерб согласно плану реорганизации, и что слова "быть реструктурировано в соответствии с" следует заменить словом "затрагиваться". Еще одно предложение предусматривало установление требования к обеспеченным кредиторам участвовать в реорганизационном производстве для обеспечения наибольшей вероятности его успеха. Иная точка зрения заключалась в том, что такое участие нельзя предусматривать в качестве требования. Другое мнение заключалось в том, что данный вопрос затрагивается в других положениях руководства и что в связи с этим последнее предложение текста этой рекомендации можно исключить. После обсуждения возобладало мнение о том, что предпочтительными являются слова "могут" и "может", содержащиеся в первом и втором предложениях текста; что ссылка на участие, содержащаяся во втором предложении текста, должна быть ограниченной в той мере, в какой требование не обеспечено; и что слова "быть реструктурировано в соответствии с" в последнем предложении текста следует заменить словом "затрагиваться". Напоминалось о том, что вопросы, отраженные в рекомендации 110, обсуждались в контексте первой совместной сессии рабочих групп V и VI (документ A/CN.9/535, пункты 15 и 16) и что было решено согласовать данный текст с учетом решений, принятых на этой сессии.

64. В качестве вопроса редакционного характера было предложено изменить текст рекомендации 111 следующим образом: "законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что суд, управляющий в деле о несостоятельности или кредиторы, обладающие (*указать долю общей стоимости*) необеспеченных требований". С точки зрения содержания было предложено провести в этой рекомендации различие между несколькими разными предложениями: во-первых, между стороной, которая может созывать совещание (такой стороной могут быть кредиторы, управляющий в деле о несостоятельности или суд, действующий по своему усмотрению), и стороной, которая будет отвечать за вынесение рекомендаций кредиторам, участвующим в таком совещании (которой, как правило, не могут быть кредиторы), и, во-вторых, между первым совещанием кредиторов (проведение которого, как было отмечено, требуется законодательством о несостоятельности некоторых, но не всех стран) и другими специальными совещаниями кредиторов, просьба о проведении которых может быть направлена вышеуказанными сторонами. Для того чтобы отразить второе различие, было предложено включить дополнительную рекомендацию следующего содержания: "законодательство о несостоятельности может предусматривать проведение первого совещания кредиторов" или "законодательство о несостоятельности должно указывать обстоятельства, при которых созывается совещание общего органа кредиторов. Такие обстоятельства могут включать: […]". Рабочая группа решила, что в данной рекомендации следует отразить эти различные предложения, и Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант с учетом вышеизложенного.

65. В связи с рекомендацией 112 была выражена определенная поддержка предложению о снятии квадратных скобок в первом предложении текста. В качестве вопроса существа было достигнуто общее согласие с тем, что необходимо облегчать и поощрять участие кредиторов и что определенный механизм, например комитет кредиторов, является желательным, хотя и было признано, что могут быть созданы и другие возможные механизмы. Для признания возможности использования других механизмов было предложено добавить в конце первого предложения текста слова "или другого представителя".

66. Получило поддержку предложение о замене слова "предусматривать" в первом предложении текста рекомендации 113 словом "допускать". Была также выражена определенная поддержка той точке зрения, что второе предложение текста рекомендации 113 следует исключить, а его содержание отразить в сноске или же рассмотреть в комментарии. Было указано, что одним из элементов системы из сдержек и противовесов, которая должна применяться в случае сохранения владения за должником при реорганизации, является комитет кредиторов и что перекрестная ссылка на рекомендацию 94 и связанная с этим сноска были бы целесообразными. Было также указано, что вопрос о механизмах урегулирования споров, возможно, следовало бы оставить для решения по усмотрению государств, а в руководстве следует воздержаться от детального рассмотрения этого вопроса.

67. В отношении рекомендации 114 Рабочая группа решила, что первое предложение текста можно было бы упростить. Предложения редакционного характера включали разделение двух аспектов путем включения после слов "состав комитета" точки и изменение вступительной формулировки следующим образом: "законодательство о несостоятельности должно оговаривать категории кредиторов, имеющих право быть назначенными в состав комитета". Было подчеркнуто, что поскольку имеется определение термина "лицо, связанное с должником", он не нуждается в дополнительном разъяснении в этой рекомендации. Было выражено предпочтение сохранению слова "могут" во втором предложении текста, а не слова "должны", и замене примеров лиц, связанных с должником, следующими словами: "другие лица, которые по какой-либо причине могут и не быть беспристрастными".

68. Содержание рекомендации 115 было сочтено приемлемым.

69. После обсуждения была выражена поддержка укреплению функций комитета кредиторов в рекомендации 116, хотя при этом было отмечено, что содержащийся в ней перечень не является исчерпывающим. Рабочая группа подтвердила право быть заслушанным, изложенное в рекомендации 116 *c)*, и отметила необходимость согласования этой рекомендации с рекомендацией 109. Была также выражена поддержка предложению об уточнении того, что право кредиторов требовать предоставления информации от управляющего в деле о несостоятельности распространяется и на комитет кредиторов. Был внесен ряд предложений редакционного характера: исключить вступительную часть текста рекомендации 116 *a)* до слова "предоставление"; добавить в конце текста пункта *a)* слова "и должнику, удерживающему владение"; заменить в пункте *b)* слова "надзорная функция" словами "функция участия"; включить после слова "вопросов" в пункте *b)* слова "в которых их категория имеет интерес"; и добавить в конце текста пункта *c)* слова "управляющим в деле о несостоятельности или судом". Было также предложено включить дополнительный пункт *d)*, с тем чтобы предусмотреть право комитета кредиторов заслушивать управляющего в деле о несостоятельности в любое время. Было решено, что право комитета кредиторов действовать независимо от управляющего в деле о несостоятельности

должно быть включено в комментарий в связи с рекомендациями 116 и 107.

70. В отношении рекомендации 117 Рабочая группа решила, что требуемое согласие является согласием суда и что ссылка на общий орган кредиторов должна быть исключена. Было также решено, что такое согласие должно относиться не только к вопросам выбора и найма, но и вознаграждения. Был поставлен вопрос о том, может ли управляющий в деле о несостоятельности играть определенную роль в этом отношении, однако мнений по этому аспекту высказано не было. Было решено, что, хотя рекомендация 117 охватывает и наем, и вознаграждение, эти вопросы следует рассматривать в том виде, в каком они сформулированы, с учетом существующих между ними связей, а вопросы компенсации и платежа следует дополнительно рассмотреть в комментарии. Было указано, что значимость найма специалистов зависит от полномочий, которыми наделяется комитет кредиторов в каком-либо конкретном государстве.

71. Для того чтобы не только стимулировать участие кредиторов в работе комитета кредиторов, но и обеспечить, чтобы члены комитета не освобождались полностью от ответственности за то, что они не действовали честно и добросовестно, было решено, что в рекомендацию 118 должна быть включена ссылка на мошеннические и [умышленные] противоправные действия, а не на небрежность, в качестве единственного основания возникновения ответственности, и что необходимость освобождения от такой ответственности должна быть рассмотрена в комментарии. Было высказано предположение, что такое рассмотрение должно включать то, что может требоваться для соблюдения стандарта честных и добросовестных действий. Было также высказано предположение о том, что в комментарии можно было бы отметить, что применительно к вопросам ответственности может проводиться различие между членами комитета кредиторов и управляющим в деле о несостоятельности на том основании, что они не являются специалистами по вопросам несостоятельности и не получают вознаграждения. Было решено исключить слово "например".

72. Рабочая группа решила, что приведенные в рекомендации 119 примеры следует исключить и рассмотреть их в комментарии, включив в него дополнительные основания, касающиеся независимости и коллизии интересов. Было также предложено, чтобы в комментарии подчеркивалось, что полномочия отстранять от должности членов комитета кредиторов зависят от метода их назначения.

73. Хотя Рабочая группа отметила, что рекомендация 120 является в целом полезной, она решила, что ее следует исключить в качестве рекомендации, но отразить ее содержание в комментарии.

D. Институциональные основы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

74. Было решено, что нынешняя формулировка комментария охватывает соответствующие вопросы и что рекомендации не являются ни необходимыми, ни целесообразными. Было высказано предположение, что значимость институциональных основ можно было бы лучшим образом подчеркнуть посредством их рассмотрения во вступительных главах руководства.

Часть вторая. Глава V. Реорганизация

A. План реорганизации (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Рекомендации

75. В отношении положения о целях было внесено несколько предложений. В отношении пункта *a)* было предложено, чтобы основная цель мероприятий по спасению предприятий заключалась в максимизации стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, как отмечается в пункте *b)*, а не в защите инвестиций и сохранении рабочих мест, как отмечается в пункте *a)*. В связи с пунктом *c)* было предложено разъяснить использование термина "утверждение", т. е. утверждение судом или кредиторами. В ответ было указано, что термин "утверждение" используется по отношению к кредиторам, а термин "подтверждение" – по отношению к судам, и было высказано предположение, что к положению о целях следует добавить ссылку на подтверждение. Противоположное мнение заключалось в том, что, поскольку другие рекомендации оставляют открытым вопрос, требуется ли подтверждение судом, такую ссылку не следует добавлять к положению о целях в качестве требования. Было также высказано предположение, что слово "принятого" можно было бы исключить из ссылки на план, содержащейся в пункте *c)*. Еще одно предложение предусматривало включение ссылки на цель данных положений, заключающуюся в выявлении тех предприятий, которые могут быть спасены, и, как подразумевается, тех предприятий, которые не могут быть спасены.

76. Что касается рекомендации 121, то была выражена поддержка использованию слова "предлагается" вместо слов "готовится" или "представляется". Была также выражена поддержка предложению о пересмотре этой рекомендации для урегулирования вопросов о сроках, которые возникнут в том случае, если производство было преобразовано из ликвидационного в реорганизационное и если было открыто единое производство, а также для учета тех случаев, в которых план реорганизации может и не требоваться.

77. Содержание рекомендации 122 было сочтено в целом приемлемым, причем предпочтение было отдано словам "разрешается предлагать".

78. Содержание рекомендации 123 было сочтено в целом приемлемым, при исключении слов, взятых в квадратные скобки как во вступительной части текста, так и в пункте *b),* и рассмотрении обоих вопросов в комментарии, а также использовании слова "должна" в пункте *a)*.

79. Была выражена некоторая озабоченность в отношении необходимости сохранения как рекомендации 124, так и рекомендации 125. В ответ напоминалось о том, что Рабочая группа согласилась с необходимостью сохранения обеих рекомендаций на том основании, что они выполняют разные функции и что такой подход следует использовать и далее. В ответ на вопрос о значении слов "уставные документы должника", содержащихся в рекомендации 124 *c)* (iii), было отмечено, что с помощью этой формулировки предполагается указать на учредительный документ компании, например на устав или статут компании (как бы он вообще ни назывался), который, возможно, потребуется изменить для того, чтобы реализовать предложения, содержащиеся в плане реорганизации. Для обеспечения гибкости было предложено, чтобы вступительная часть текста предусматривала, что такой план "может" включать информацию, изложенную в пунктах *a)–d)*.

80. Была выражена поддержка описанию в рекомендации 125 заявления как заявления, раскрывающего информацию. В связи с подчеркнутым текстом во втором предложении вступительной части была выражена определенная озабоченность по поводу требования о том, чтобы заявление и план были подготовлены одной и той же стороной, на том основании, что порядок, при котором соответствующие функции налагаются на лицо, подготовившее план, или учитывается тот факт, что подготовка была осуществлена профессиональным консультантом, не всегда может быть целесообразным. Вместе с тем предложение о сохранении подчеркнутого текста получило поддержку, и было отмечено, что этот вопрос удовлетворительным образом урегулирован в комментарии. Для учета ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности не готовил такой план или такое заявление, было высказано предположение, что было бы полезно, чтобы от управляющего в деле о несостоятельности требовалось изложение его мнения в отношении предлагаемого плана. Это предложение получило поддержку. В связи с пунктом *d)* было предложено заменить часть текста после слов "с учетом последствий реализации плана" словами "предусмотреть надлежащее положение о выполнении всех обязательств, установленных в плане". Альтернативное предложение, которое получило поддержку, заключалось в том, что ссылку на долги с наступившим сроком погашения следует исключить и снять квадратные скобки, в которые взят альтернативный текст, а также заменить слова "и поток наличных средств должника" словами "и, как предполагается, должник обладает наличными средствами".

81. Содержание рекомендации 126 было сочтено в целом удовлетворительным при условии расширения круга сторон, которым должны быть представлены заявление и план, с тем чтобы он включал других заинтересованных сторон, например акционеров. Было отмечено, что такое же изменение потребуется также внести в текст других рекомендаций, содержащихся в этой главе.

82. Что касается рекомендации 127, то была выражена поддержка внесению следующих изменений редакционного характера: во втором предложении текста заменить слово "регулировать" словом "конкретно указывать"; заменить слова "круг кредиторов, которые должны" словами "круг кредиторов, которые имеют право"; а также заменить слова "способ проведения голосования" словами "способ, с помощью которого голосование будет проведено". Было высказано предположение, что было бы полезно, чтобы раскрывающее информацию заявление, о котором говорится в рекомендации 125, включало информацию о механизмах голосования. Еще одно предположение заключалось в том, что ссылка на "общий орган кредиторов", содержащаяся в последней строке текста, должна охватывать общий орган "необеспеченных" кредиторов на том основании, что весьма трудно понять, каким образом кредиторы, обладающие разными юридическими правами, могут быть включены в единый орган для голосования. В ответ было высказано предположение о том, что, поскольку формулировка "общий орган кредиторов" имеет особое значение в данном тексте, это предложение требует определенного дальнейшего рассмотрения. Секретариату было предложено учесть это предположение при пересмотре текста данной рекомендации.

83. Был высказан ряд мнений в отношении содержащейся в третьем предложении текста рекомендации 128 ссылки на большинство кредиторов, которые "фактически приняли участие в голосовании". Одно из мнений заключалось в том, что с учетом часто проявляемой кредиторами пассивности нецелесообразно допускать, чтобы весьма небольшая, нерепрезентативная группа от общего числа кредиторов принимала решение в отношении направления действий. В ответ была поставлена под сомнение приемлемость противоположного подхода, согласно которому допускается, чтобы те кредиторы, которые не участвовали в таком процессе, фактически лишали прав тех кредиторов, которые действительно участвовали в таком процессе и голосовали. Было отмечено, что на практике требование одобрения большинством кредиторов весьма затруднило бы обеспечение утверждения плана реорганизации. Было также отмечено, что использование доверенных лиц и электронных средств голосования во все большей степени облегчает процесс голосования, поскольку нет необходимости физически присутствовать на заседании кредиторов. Был отмечен ряд различных подходов к тому, какой статус кредиторов, не участвовавших в голосовании, устанавливает законодательство о несостоятельности. После обсуждения возобладало мнение, что ссылку на большинство кредиторов, которые фактически участвовали в голосовании, следует сохранить. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы в первом предложении текста предусматривалась возможность голосования по плану реорганизации общим органом кредиторов в дополнение к категориям кредиторов. Была высказана точка зрения, что в данной рекомендации необходимо обеспечить бóльшую гибкость, с тем чтобы учесть возможность того, что план, представленный на утверждение кредиторов, может быть согласован с кредиторами в ходе утверждения и что он в конечном счете не будет являться именно тем планом, который был представлен на утверждение. В качестве вопроса редакционного характера было предложено заменить во втором предложении текста слово "поддерживающая" словами "утверждающая" или "голосующая за".

84. Была выражена озабоченность по поводу нынешней формулировки рекомендации 129 и трудностей, связанных с ее реализацией на практике, с учетом необходимости признавать различные приоритеты и права кредиторов. В ответ на предложение о том, чтобы в руководстве указывалось на необходимость урегулирования этого вопроса и излагались возможные подходы, было отмечено, что данный вопрос имеет особое значение и требует включения конкретных ориентиров. Такие ориентиры могут предусматривать либо требование о том, чтобы все категории кредиторов утверждали план, либо принятие более сложной формулы, которая учитывала бы различные приоритеты и интересы кредиторов. Рабочая группа решила отложить рассмотрение этого вопроса на более позднее время.

85. Содержание рекомендации 130 было сочтено приемлемым.

86. Рабочая группа обсудила взаимосвязь между рекомендациями 131 и 133, а также вопрос о том, должны ли основания для оспаривания быть одинаковыми в каждом случае. Напоминалось о том, что Рабочая группа первоначально решила принять отдельные рекомендации с разными критериями, однако была выражена некоторая поддержка предложению о пересмотре этого решения и объединении данных двух рекомендаций. В связи с этим было предложено изложить рекомендацию 131 в качестве одного из пунктов рекомендации 133, с тем чтобы учесть те случаи, когда законодательство не требует подтверждения плана реорганизации. Было также предложено разъяснить в этих рекомендациях тот момент, что кредиторы могут

выдвигать возражения против плана (и что такие возражения должны выдвигаться в суде), невзирая на поддержку плана большинством кредиторов той категории, к которой они относятся. Было указано, что существует вероятность возникновения проблемы в связи с рекомендацией 131, причем эта проблема касается требования в отношении срока выдвижения возражений прежде, чем план "вступит в силу иным образом", особенно тогда, когда именно утверждение плана обусловливает его обязательность. Основание для выдвижения возражений, которое было предложено добавить к рекомендации 131, было связано с такой ситуацией, когда какой-либо отдельный кредитор сталкивается с весьма неблагоприятным отношением со стороны большинства кредиторов. Предложение о таком добавлении получило поддержку. Секретариату было предложено учесть при пересмотре этих рекомендаций предложение об объединении рекомендаций 131 и 133, которое было рассмотрено.

87. Рабочая группа решила, что ей необходимо продолжить обсуждение на одной из будущих сессий с целью дальнейшей разработки и укрепления режима требований с меньшей суммой и смежных вопросов в этом разделе руководства. Было высказано предположение о том, что в рекомендациях 131 и 133 должна содержаться ссылка на справедливый и равный статус кредиторов, и было решено добавить в пересмотренные рекомендации 131 и 133 новый пункт *d)*, предусматривающий, что режим плана реорганизации должен соответствовать порядку очередности требований, установленному в законодательстве о несостоятельности, наряду с рассмотрением в комментарии приоритетов кредиторов и вопросов дискриминации. Было высказано предположение, согласно которому в руководстве, возможно, потребуется затронуть вопрос о том, что произойдет в случае неутверждения плана требуемым большинством.

88. Была выражена поддержка предложению о сохранении слов "указанных в плане" без квадратных скобок в рекомендации 132. Предложения редакционного характера включали сохранение термина "акционеры" при условии его определения в глоссарии; конкретное указание во второй части текста этой рекомендации на то, что план является обязательным, поскольку он был либо утвержден большинством голосов, либо подтвержден судом; а также определение последствий плана для третьих сторон.

89. В связи с рекомендацией 134 Рабочая группа решила, что законодательство о несостоятельности должно предусматривать возможность внесения в план изменений после утверждения кредиторами, а также до и после его подтверждения (если оно требуется) при определенных обстоятельствах. Было решено исключить из этой рекомендации в двух случаях слово "ограниченный", а также основания или примеры, подробно изложенные во втором предложении текста, и рассмотреть эти аспекты в комментарии с указанием на то, что такие основания должны быть ограниченными. Было также предложено поменять местами пункты 133 и 134.

90. Была выражена решительная поддержка установленному в рекомендации 135 требованию направлять уведомления затрагиваемым кредиторам и указанию стороны, ответственной за направление уведомления. Было также отмечено, что если первоначальный план должен быть утвержден судом, то было бы целесообразным, чтобы утверждению подлежало также любое изменение в нем и чтобы было установлено требование раскрывать информацию, касающуюся такого изменения. Было также предложено расширить рекомендацию 135, с тем чтобы рассмотреть вопрос о том, какие последствия наступят в случае отклонения предлагаемого изменения в плане.

91. После активного обсуждения было решено, что формулировки рекомендаций 131, 133 и 136 необходимо пересмотреть, с тем чтобы обеспечить содержательный ответ на вопросы, поставленные в Рабочей группе, и, в частности, указать на различие, которое должно быть проведено между подходом, требующим утверждения плана кредиторами и подтверждения судом, с одной стороны, и подходом, который требует лишь утверждения кредиторами, с другой стороны. Хотя рекомендации 131 и 133, как представляется, затрагивают соответственно требования в отношении утверждения плана кредиторами и его подтверждения судом, было решено, что необходимо согласовать основания и возможные ограничения в отношении этих рекомендаций. Хотя рекомендация 136 может применяться в обеих этих ситуациях, она будет являться самостоятельным положением по отношению к рекомендациям 131 и 133, поскольку допускает при ограниченных обстоятельствах оспаривание плана после его утверждения. В связи с рекомендацией 136 была выражена поддержка предложению о замене слова "могут" словом "должны" и исключении слов "на основе нарушений в процессе принятия" и слов "или [иные основания]" для ограничения сферы действия рекомендации 136 мошенничеством. Была также выражена поддержка предложениям об установлении предельных сроков для случаев обнаружения мошенничества, указании сторон, которые могут оспаривать план, указании на то, что такое оспаривание должно осуществляться в суде, и изложению последствий успешного оспаривания плана. Было отмечено, что в результате совместного воздействия трех существующих рекомендаций должен предусматриваться такой порядок, при котором план, подтвержденный судом, может оспариваться только по существенным, а не по процессуальным основаниям.

92. Рабочая группа согласилась с содержанием рекомендации 137 в ее нынешней формулировке, хотя и отметила, что в ситуации сохранения владения за должником, возможно, был бы целесообразным ее факультативный характер, но что в том случае, когда производство затрагивает управляющего в деле о несостоятельности вплоть до момента утверждения плана, возможно, было бы целесообразным рассмотреть некую форму надзора над осуществлением такого плана. Было отмечено, что законодательство о несостоятельности, которое предусматривает завершение производства после утверждения плана, не затрагивает вопроса о возможном надзоре над его осуществлением.

93. Было решено, что основания для преобразования производства, изложенные в рекомендации 138, следует расширить, с тем чтобы они включали те ситуации, когда реорганизация не привела к максимизации стоимости имущественной массы, план не был утвержден, подтвержденный план не был осуществлен или же когда имело место успешное оспаривание подтвержденного плана. Была выражена решительная поддержка предложению о замене понятия срыва осуществления плана, изложенного в этой рекомендации, формулировкой, указывающей на материальные или существенные нарушения положений плана и на материальное или существенное неисполнение обязательств согласно плану, а также замене во втором предложении текста слова "должны" словом "могут". Было также предложено исключить слова "и в план не могут быть внесены изменения". Была выражена решительная

поддержка предложению о том, чтобы преобразование производства в ликвидационное не носило автоматического характера и требовало рассмотрения судом. В отношении второго предложения текста было предложено рассмотреть в комментарии последствия преобразования для других вопросов, согласованных в ходе реорганизации, например для вопроса об уменьшении суммы требований ("стрижка").

B. Упрощенное реорганизационное производство (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Рекомендации

94. Была выражена определенная озабоченность в связи с пространностью положения о целях и уровнем его детализации. В ответ напоминалось о том, что Рабочая группа приняла решение в отношении такого уровня детализации, с тем чтобы внедрить и разъяснить концепцию, которая является неизвестной для многих правовых систем, однако было отмечено, что некоторые изменения могут быть внесены для улучшения данной формулировки. Предложенные изменения редакционного характера включали следующее: в пунктах *a)–d)* заменить слова "внесудебная реорганизация" словами "внесудебные переговоры"; в пункте *c)* (i) исключить ссылку на держателей акций; в пункте *c)* (iv) заменить слова "процессуальные требования" словами "материально-правовые требования" и исключить слова "для затронутых несогласных кредиторов"; и во вступительной части текста пункта *d)* заменить слова "признать, что требования" словами "приостанавливать с надлежащими гарантиями действие требований". Эти изменения получили определенную поддержку. Было также высказано предположение, что для сокращения объема положения о целях некоторые его детали, например детали, содержащиеся в пункте *d)*, можно было бы пересмотреть и отразить в комментарии. Предложение существенного характера заключалось в том, что в руководстве следует рассмотреть возможность установления двух видов процедуры: во-первых, процедуры, которая предусматривает упрощенный доступ к реорганизационному производству на основании условий утверждения, установленных в законодательстве о несостоятельности (которая была бы целесообразной для тех систем, в которых разработано эффективное законодательство, касающееся реорганизации), и, во-вторых, процедуры, устанавливающей специальные условия утверждения для тех систем, которые не имеют эффективного законодательства, касающегося реорганизации. Было предложено, чтобы Рабочая группа отложила рассмотрение положения о целях до завершения ею пересмотра существенных рекомендаций.

95. В связи с рекомендацией 139 была выражена поддержка упрощенной процедуре, которой могут воспользоваться должники, являющиеся физическими лицами. Что касается ее формулировки, то были внесены предложения, предусматривающие замену слов "не способен уплатить свои долги" словами "по всей вероятности, не способен уплатить свои долги" и исключение ссылки на держателей акций. Эти предложения получили поддержку. В отношении критериев открытия производства было указано, что они должны быть такими же, как и критерии, применимые в целом к реорганизационному производству и содержащиеся в пересмотренном тексте рекомендации 18A. Было высказано иное предположение, согласно которому такая процедура необходима для охвата как должников, которые являются несостоятельными, так и должников, которые сталкиваются с финансовыми трудностями, но еще не являются несостоятельными. После обсуждения возобладало мнение, что эта рекомендация должна затрагивать должников, которые, по всей вероятности, не способны уплатить свои долги, и должников по смыслу пересмотренной рекомендации 18A. С учетом требований в отношении голосования, о которых говорится в данной рекомендации, было высказано предположение, что они должны соответствовать тем требованиям, которые применимы согласно законодательству о несостоятельности (рекомендация 128), и что этому можно было бы содействовать, исключив слова "большинством голосов" в рекомендации 139.

96. Были высказаны разные мнения о целесообразности сохранения в рекомендации 140 пунктов *a)–g)*, однако после обсуждения было решено, что они содержат необходимую информацию и их следует сохранить. Было предложено несколько изменений редакционного характера: в пункте *b)* исключить ссылку на держателей акций; в пункте *e)* заменить слова после слова "кредиторами" словами "права которых изменяются планом"; в пункте *f)* исключить слова после слов "план реорганизации" и заменить их словами "удовлетворяет всем применимым требованиям в отношении реорганизации"; а также исключить ссылку на сторону, готовящую финансовые ведомости. Была высказана некоторая озабоченность в связи с ограничением в отношении налоговых органов и была выражена поддержка предложению о том, чтобы их права могли быть сокращены при условии их согласия на это. Дополнительное предложение заключалось в добавлении ссылки на органы социального обеспечения. Общую поддержку получило предложение о согласовании данной рекомендации с требованиями в отношении утверждения плана реорганизации.

97. Рабочая группа решила, что вступительная часть текста рекомендации 141 должна включать оба текста, взятых в квадратные скобки, в качестве альтернативных вариантов. В ответ на выраженную озабоченность по поводу необходимости сохранения пункта *b)* было отмечено, что могут иметь место случаи, когда комитет кредиторов сможет содействовать переговорам с большой группой кредиторов, таких как держатели государственных облигаций, или когда большое число банков назначают банковский руководящий комитет, и что по этой причине данный пункт следует сохранить. Это предложение получило поддержку. В связи с пунктом *c)* было высказано предположение, что он имеет решающее значение для того вида процедуры, который затрагивается в этом разделе, и должен быть помещен перед нынешним пунктом *a).* В отношении пункта *a)* было предложено снять квадратные скобки, в которые взяты слова "держатели акций".

98. В отношении рекомендации 142 было решено, что ссылку во вступительной части текста на держателей акций следует сохранить, равно как и следует добавить новый пункт *d),* предусматривающий последствия плана для держателей акций. Кроме того, был предложен пункт, в котором устанавливались бы сроки и процедура представления возражения против суммы требований третьими сторонами. Было указано, что рекомендацию, касающуюся уведомления, следует согласовать с аналогичными рекомендациями, содержащимися в других главах руководства.

99. Рабочая группа согласилась с тем, что основное внимание в рекомендации 143 должно быть уделено упрощенной реорганизации, требующей утверждения со стороны суда, и что общие процедуры подтверждения при упрощенном производстве должны быть согласованы с

процедурами, применяемыми при обычном реорганизационном производстве, о котором говорится в рекомендации 133. В редакционном плане поддержка была выражена включению слов "материально-правовым" перед словом "требованиям" в пункте *a)* и исключению концепции "практической осуществимости" в пункте *c)*.

100. Редакционные изменения, предложенные в отношении рекомендации 144, включали исключение формулировки, начинающейся со слова "которые" в конце рекомендации, и ее замену словами "и держатели акций, затронутые утвержденным планом", а также включение ссылки на должника. Было предложено рассмотреть вопрос о том, должны ли последствия плана, принятого в упрощенном порядке, отличаться от последствий обычного плана, и если должны, то каким образом.

101. Рабочая группа обсудила те права, которыми кредиторы будут обладать в обстоятельствах, описанных в рекомендации 145, и пришла к общему мнению, что кредиторы должны иметь возможность осуществить любые права, которые могут им предоставляться в силу закона. Было предложено включить в комментарий обсуждение различных альтернативных вариантов. Было также высказано мнение, что должны быть рассмотрены последствия неисполнения плана, причем это должно быть сделано с учетом аналогичных положений в отношении обычных реорганизационных планов (см. рекомендацию 138), хотя и было отмечено, что могут быть приведены доводы в пользу сохранения иного положения, например, на том основании, что при упрощенном производстве должник не является несостоятельным.

Часть вторая. Глава VI. Ведение производства

A. Требования кредиторов

Рекомендации

102. Содержание положения о целях было сочтено приемлемым при условии исключения формулировки, следующей за словом "представлены" в пункте *a)*.

103. В связи с рекомендацией 146 было высказано мнение, что ссылка на "механизм" является недостаточной и что в рекомендации следует установить "требование" к кредиторам представлять свои требования. Было также высказано предположение, что "автоматическое" признание требований является, по всей видимости, неуместным и что в рекомендации должна быть признана необходимость в минимизации формальностей применительно к представлению требований. В поддержку этого мнения было предложено предусмотреть в связи с признанием неоспариваемых требований минимальные требования к доказыванию, например достаточность использования перечня кредиторов, который должен составляться согласно рекомендации 92 *b)* (v), а не бухгалтерских книг и отчетности должника. Еще одно предложение заключалось в том, что требования, выраженные в иностранной валюте, не должны пользоваться специальным режимом лишь на одном этом основании и что соответствующее упоминание об этом следует исключить из сноски.

104. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что подробные положения рекомендации 147 должны быть сохранены собственно в рекомендации, а не перенесены в комментарий. В редакционном плане было достигнуто согласие об использовании терминов "заранее оцененная" и "заранее не оцененная"; добавлении перекрестной ссылки на рекомендацию 59 применительно к требованиям, возникающим из расторжения контрактов; обеспечении соответствия с терминами, включенными в глоссарий; и исключении слов "если таковые существуют вообще" из второго предложения. Было также высказано мнение, что в эту рекомендацию следует включить ссылку на вопрос о том, является ли требование предметом зачета. Был задан вопрос о том, ограничивается ли сфера действия этой рекомендации только платежными требованиями к должнику или же охватываются также и платежные требования в отношении третьих сторон или гарантов, возникающие из действий или бездействия должника. Было достигнуто согласие с тем, что соответствующее разъяснение должно быть включено в сноску.

105. Было решено согласовать рекомендацию 148 с рекомендацией 151 и решениями, принятыми на совместной сессии Рабочих групп V и VI (Вена, 16 декабря 2002 года).

106. После обсуждения было достигнуто согласие с тем, что основное внимание в рекомендации 149 должно уделяться равному режиму требований как в отношении процедуры представления, так и обработки требований, и что ссылка на кредиторов, находящихся в аналогичном положении, должна быть сохранена.

107. Была выражена обеспокоенность в связи со вступительной формулировкой рекомендации 150 *b)* "в любой момент до", и была выражена поддержка ее исключению. Было отмечено, что в рекомендации следует пояснить смысл слова "рассмотрение" в пункте *b)*. Было выражено предпочтение сохранению второй заключенной в квадратные скобки формулировки, касающейся уведомления об открытии производства.

108. Содержание рекомендации 151 было сочтено в целом приемлемым при условии исключения текста, следующего за словами "оговоренного срока".

109. В отношении рекомендации 152 общая поддержка была высказана обсуждению вопросов о необходимости пересчета требований, выраженных в иностранной валюте, и о причинах установления такого требования о пересчете, например для целей определения прав при голосовании. Поддержка была также выражена необходимости установления конкретного момента для пересчета, причем предпочтение отдавалось моменту открытия производства, однако было также отмечено, что в национальном праве могут применяться различные подходы и что может существовать необходимость в принятии специальных мер для урегулирования ситуаций, связанных с резкими колебаниями валютных курсов.

110. Содержание рекомендаций 153 и 154 было сочтено в целом приемлемым.

111. В связи с рекомендацией 155 Рабочая группа пришла к согласию о необходимости предусмотреть возможность оспаривания требований до их признания и четко оговорить стороны, которые могут оспаривать требования, в том числе вопрос о том, может ли кредитор оспаривать требование другого кредитора. Было достигнуто согласие с тем, что основное внимание в этой рекомендации следует уделить спорам, возникающим в контексте производства по делу о несостоятельности, и что споры, уже существовавшие в момент открытия производства, будут затронуты открытием (например, мораторием) и будут разрешаться с помощью других правовых норм.

112. Было внесено предложение изменить заключительную формулировку рекомендации 156 примерно следую-

щим образом: "может принимать во внимание любые вопросы, связанные с зачетом". После обсуждения было принято решение отложить рассмотрение Рабочей группой этой рекомендации в свете уже принятого решения отложить обсуждение главы III.F, касающейся зачета, до одной из будущих сессий.

113. Содержание рекомендаций 157 и 158 было сочтено в целом приемлемым.

114. Содержание рекомендации 159 было сочтено в целом приемлемым, при условии если будет четко установлено, что признание требования предоставит кредитору право участвовать в производстве в более широком плане, чем об этом говорится в пункте *a)*, и что решение вопроса о признании ни в коем случае не будет ограничивать право быть заслушанным.

115. Что касается рекомендации 160, то определенная обеспокоенность была выражена в связи с тем, что используемое слово "например" не должно толковаться как предваряющее исчерпывающий перечень и что термины "достаточная капитализация" и "внутренние сделки" являются, возможно, недостаточно ясными и требуют пояснения. Было также высказано мнение, что ограничение прав на участие в голосовании должно иметь место лишь в ограниченном круге обстоятельств и что возможность субординации требований исключать не следует, поскольку такая возможность должна существовать в иных случаях, чем случаи, когда речь идет о сторонах, связанных с должником.

B. Финансирование после открытия производства

Рекомендации

116. Содержание положения о целях было сочтено в целом приемлемым.

117. Редакционные изменения, согласованные в отношении рекомендации 161, сводились к следующему: заменить слова "разрешать управляющему в деле о несостоятельности" словами "содействовать тому, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел возможность" и расширить ссылку на "кредиторов", с тем чтобы охватить комитет кредиторов, поскольку этот орган может также обладать разрешительными полномочиями в связи с этим вопросом.

118. Была выражена поддержка сохранению заключенных в квадратные скобки слов в рекомендации 162, хотя и было признано, что эти активы не будут, как правило, играть значимой роли. Было предложено отметить в комментарии, что зачастую единственными необремененными активами, которые могут быть использованы для обеспечения финансирования после открытия производства, будут активы, возвращенные с помощью процедур расторжения. Было также предложено четко рассмотреть в комментарии различие между получением обеспечения и предоставлением приоритета и указать, что вопрос об обеспечении имеет значение только в том случае, когда имеются не полностью обремененные активы.

119. Что касается рекомендации 163, то было высказано мнение, что правила о приоритетах могут содержаться в иных нормах права, чем законодательство о несостоятельности, и что в рекомендации следует учесть эту возможность. В ответ было высказано мнение, что подобное правило должно быть включено в законодательство о несостоятельности или что в этом законодательстве по крайней мере должна быть сделана ссылка на него. В редакционном плане было высказано мнение об отсутствии необходимости во включении требования об уведомлении, поскольку получение согласия в любом случае предполагает уведомление.

120. Рабочая группа согласилась с тем, что первое предложение рекомендации 164 следует дать в факультативной формулировке и что, таким образом, слово "должно" следует заменить словом "может". В редакционном плане поддержка была выражена сохранению слова "создание"; сохранению слов "обеспеченный кредитор" в пункте *a);* приведению пункта *a)* в соответствие с рекомендацией 163 применительно к вопросу об уведомлении; исключению текста, следующего за словами "неоправданного ущерба" в пункте *c)*; пересмотру пункта *c)* с тем, чтобы в нем говорилось о "защите обеспеченных активов, служащих обеспечением"; и замене слов "не понес неоправданного ущерба" словами "не будет подвергнут неоправданному риску понесения ущерба". Было достигнуто согласие о необходимости дать определение концепции "надлежащей защиты".

121. В связи с рекомендацией 165 было предложено снять квадратные скобки, в которые заключена формулировка, начинающаяся словом "включая …", и сохранить эти слова. Определенная обеспокоенность была выражена в связи с последствиями, создаваемыми вторым предложением, и было высказано мнение, что, хотя приоритеты, возникшие в ходе реорганизации, должны по-прежнему признаваться, очередность таких приоритетов отнюдь не обязательно должна сохраняться. Например, они не должны иметь более высокой очереди по отношению к административным требованиям, возникшим из ликвидации. Было предложено добавить соответствующую оговорку.

122. По причине отсутствия времени Рабочая группа завершила свою работу рассмотрением рекомендации 165.

E. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать восьмой сессии: проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1-2 и Add.16-17)

[Подлинный текст на английском языке]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1

Записка Секретариата

[Главы I и II Части первой Руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; Часть вторая Руководства содержится в документах A/CN.9/G.V/WP.63/Add.3-17]

Глоссарий

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.

B. Термины и определения

Административное требование	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].
Надлежащая защита	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 актива, служащего обеспечением, или даже когда стоимость актива, служащего обеспечением, превышает сумму обеспеченного требования, но стоимость актива, служащего обеспечением, 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 актива, служащего обеспечением, в ходе производства по делу о несо-

	стоятельности (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.
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: [*добавить положения рекомендации 70*].
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	См. "Взаимозачет".
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 "открытием" производства.
[Мировое соглашение	[В контексте реорганизации] соглашение между должником и кредиторами [большинством кредиторов], в соответствии с которым кредиторы соглашаются с должником и между собой принять от должника платеж в меньшем размере, чем сумма, причитающаяся им при полном удовлетворении их требований, или соглашаются на скидку с долгов, или отсрочку причитающихся платежей, или на пересмотр условий погашения.]
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)*].
Принуждающее положение	Механизм, который позволит поддержать одну категорию кредиторов с точки зрения определенного плана реорганизации и который должен использоваться 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 общей совокупности кредиторов и обладающий консультативными и иными полномочиями, как указано в законодательстве о несостоятельности.
Должник	Физическое или юридическое лицо, которое занимается коммерческой деятельностью и которое удовлетворяет критериям для возбуждения производства по делу о несостоятельности; или [физическое или юридическое лицо, которое имеет задолженность какому-либо кредитору].
Освобождение от обязательств	Судебное предписание, 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.

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)*].
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)*].
Официальное производство по делу о несостоятельности	Производство по делу о несостоятельности, открытое в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируемое этим законодательством, включая, как правило, и ликвидационную, и реорганизационную процедуры.
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.
Неофициальное производство по делу о несостоятельности	Процедуры несостоятельности, которые не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Эти процедуры зачастую разрабатывались в рамках банковского и коммерческого секторов и обычно предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя эти неофициальные реорганизационные процедуры и не регулируются законодательством о несостоятельности, они, тем не менее, зависят с точки зрения их эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации.
Возбуждение производства	Подача заявления об открытии производства по делу о несостоятельности должником; одним или несколькими кредиторами; и в редких случаях каким-либо публичным органом. Такое заявление может затрагивать юридические права должника и кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности.
Несостоятельность	Ситуация, когда должник является [или по всей вероятности является] неспособным оплачивать свои долги или другие обязательства по мере наступления сроков их исполнения или когда общая сумма долгов и обязательств должника превышает стоимость его активов.
Имущественная масса	Активы и права должника, которые контролируются управляющим в деле о несостоятельности и являются предметом производства по делу о несостоятельности.
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.

Управляющий в деле о несостоятельности	Лицо или орган, включая лицо или орган, назначенные на временной основе, которые в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочены 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").
Решение о несостоятельности	Решение суда об открытии производства по делу о несостоятельности [и назначении управляющего в деле о несостоятельности] (см. также "Открытие производства").
Временный управляющий в деле о несостоятельности	Физическое или юридическое лицо, назначаемое 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) [см. также "Управляющий в деле о несостоятельности"].
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]. Другие термины, обозначающие этот вид производства, включают ликвидацию, банкротство, faillite, quiebra и Konkursverfahren.
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	[*Примечание: необходимо ли определить это понятие в Руководстве?]*
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].

Последующий кредитор	Кредитор, требование которого возникает после открытия производства по делу о несостоятельности.
Преференция	Платеж или иная сделка, заключенная несостоятельным должником, 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 сделка 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].
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.
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, 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 с регистрацией 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 данный товар до его уплаты покупной цены.

Актив, служащий обеспечением	Актив или имущество, будь то движимое или недвижимое, обеспечительный интерес в отношении которого был предоставлен кредитору. В случае неисполнения обязательства актив или имущество, обремененное обеспечительным интересом, может изыматься или удерживаться или же его стоимость может реализовываться кредитором, обладающим обеспечительным интересом. Другие термины включают обеспечение и обремененный актив.
Обеспеченное требование	Требование, подкрепляемое обеспечительным интересом, принимаемым в качестве гарантии по долгу, которая может быть взыскана 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 конкретном активе, обеспечивающего 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].
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 применяться в качестве возражения в отношении требования выплаты определенной денежной суммы полностью или частично.
Государственное предприятие	*[Примечание: необходимо ли определить это понятие в Руководстве?]*
Мораторий на процессуальные действия	Мера, которая предотвращает возбуждение 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 действия какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное распоряжение любыми активами или правами, входящими в имущественную массу (рекомендация 35).
Суперприоритет	Приоритет, который имеет своим результатом производство платежей по требованиям, к которым относится данный суперприоритет, до платежей по административным требованиям.
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.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата

[Глоссарий к Руководству содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; Часть вторая Руководства содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3-17]

Номера пунктов в […] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.57, содержащем предыдущий вариант этой вступительной главы.

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
ЧАСТЬ ПЕРВАЯ:	РАЗРАБОТКА СТРУКТУРЫ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ КЛЮЧЕВЫХ ЦЕЛЕЙ ЭФФЕКТИВНОГО И ДЕЙСТВЕННОГО РЕЖИМА НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	
I.	ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ О ПРОЦЕДУРАХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	1–21
A.	Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности	3–13
1.	Максимальное повышение стоимости активов	4
2.	Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией	5
3.	Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении	6
4.	Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности	7–8
5.	Предотвращение преждевременного расчленения активов должника	9
6.	Установление прозрачной и предсказуемой процедуры, стимулирующей сбор и распространение информации	10–11
7.	Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований	12
8.	Создание основ для трансграничной несостоятельности	13
B.	Установление баланса между ключевыми целями	14–18
C.	Общие черты режима несостоятельности	19–21
II.	ВИДЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	22–64
A.	Ликвидация	26–29
B.	Реорганизация	30–55
1.	Официальное реорганизационное производство	31–36
2.	Неофициальное реорганизационное производство	37–52
a)	Необходимые предварительные условия	40
b)	Основные процедуры	41–51
c)	Правила и рекомендации, касающиеся неофициальной реорганизации	52
3.	Реорганизационные процедуры, которые включают как неофициальные, так и официальные элементы	53–55
C.	Административные процедуры	56–57
D.	Структура режима несостоятельности	58–64

Часть первая

Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности

I. ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ О ПРОЦЕДУРАХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

1. [23] 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 правительственных органов-должников), 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.

2. [23] 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 и "официальные", и "неофициальные" элементы. Официальное производство по делу о несостоятельности открывается в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируется таким законодательством. Оно, как правило, охватывает и ликвидационную, и реорганизационную процедуру. Неофициальные процедуры несостоятельности не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Эти процедуры зачастую разрабатывались в рамках банковского и коммерческого секторов, и они, как правило, предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя такие неофициальные реорганизационные процедуры не регулируются законодательством о несостоятельности, они, тем не менее, зависят с точки зрения своей эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации (которые подробно рассматриваются ниже).

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

3. 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 правовую систему и систему ценностей 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. Максимальное повышение стоимости активов

4. Участники процедуры несостоятельности должны располагать сильными стимулами к достижению максимального повышения стоимости активов, поскольку это будет способствовать распределению между кредиторами в целом бóльших сумм и уменьшать бремя 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 бóльшую 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 ролями, 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.

2. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией

5. Первая цель максимального повышения стоимости активов тесно связана с балансом, который должен быть обеспечен в режиме несостоятельности между ликвидацией и реорганизацией. [16] Режим несостоятельности должен 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 необходимостью содействия развитию предпринимательства и защиты рабочих мест. [15] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать 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 бóльшая стоимость может быть получена за счет сохранения основных компонентов коммерческой организации, а не их разбивки и отчуждения частями. Чтобы исключить злоупотребления процедурой 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 одного вида производства в другой при соответствующих обстоятельствах.

3. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении

6. Цель обеспечения справедливого режима основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих сходными юридическими правами, должен быть равным, и они должны получать распределение по своим требованиям в соответствии с их относительным приоритетом и интересами. [17] 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, затрагивал всех, кто входит в эту категорию, одинаково. Меры по обеспечению справедливого режима охватывают 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. [17] Режим несостоятельности должен предусматривать 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.

4. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности

7. [18] 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 взвесить все преимущества и недостатки всей процедуры для обеспечения максимальной эффективности и недопущения причинения 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.

8. [18] Оперативному и упорядоченному устранению финансовых трудностей должника может способствовать законодательство о несостоятельности, которое обеспечивает беспрепятственный доступ к процедуре 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 этой процедурой и управления ею (включая как специалистов, так и участвующие учреждения), а также обеспечивает в качестве конечного результата эффективное исполнение финансовых обязательств должника.

5. Предотвращение преждевременного расчленения активов должника

9. [19] Режим несостоятельности должен 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 предприятия, так и обеспечению справедливого режима для кредиторов. Возможно, потребуется предусмотреть некий механизм, который не допускал бы ущемления прав обеспеченных кредиторов в результате моратория.

6. Установление прозрачной и предсказуемой процедуры, стимулирующей сбор и распространение информации

10. [20] Законодательство о несостоятельности должно быть прозрачным и предсказуемым. Это позволит потенциальным заимодателям и кредиторам понять, каким образом функционирует процедура несостоятельности, и оценить риски, связанные с их положением в качестве кредиторов в случае несостоятельности. Это будет способствовать стабильности в коммерческих отношениях и облегчать 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 помогать определению пределов любых дискреционных полномочий. Непредсказуемое применение законодательства о несостоятельности сопряжено с вероятностью причинения ущерба не только уверенности всех участников в производстве по делу о несостоятельности, но и их готовности принимать кредитные и другие инвестиционные решения. [20] 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).

11. [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 процедурой несостоятельности и осуществление надзора над ней (судам или административным органам, управляющему в деле о несостоятельности), и кредиторам оценить финансовое положение должника и найти наиболее целесообразное решение.

7. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований

12. [21] Признание и обеспечение соблюдения в рамках процедуры несостоятельности разных прав, которыми кредиторы обладают вне процедуры несостоятельности, будут способствовать определенности на рынке и облегчать предоставление кредитов, особенно в отношении прав и приоритетов обеспеченных кредиторов. Ясные правила, касающиеся установления порядка очередности как для существующих требований кредиторов, так и для их требований, возникших после открытия производства, имеют важное значение с точки зрения возникновения у заимодателей ясного понимания ситуации, обеспечения последовательного применения этих правил, а также обеспечения уверенности в этой процедуре и возможности для всех участников принимать надлежащие меры по управлению рисками. В наибольшей, по возможности, 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.

8. Создание основ для трансграничной несостоятельности

13. [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.

B. Установление баланса между ключевыми целями

14. Поскольку режим несостоятельности не может в полной мере защищать интересы всех сторон, выбор некоторых ключевых вариантов, который должен быть сделан при разработке законодательства о несостоятельности, относится к определению целей такого законодательства и достижению желательного баланса межу 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. Режимы несостоятельности как таковые могут иметь всепроникающие последствия в более широкой экономике.

15. Первая задача любой системы 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 социального порядка и стабильности. Все стороны должны быть в состоянии предвидеть свои юридические права в случае неспособности должника производить 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.

16. Универсального решения в отношении структуры режима 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, имущественные и договорные права, средства правовой защиты и процедуры принудительной реализации. Хотя универсального решения может и не быть,

системы несостоятельности большинства стран регулируют широкий спектр вопросов, возникающих в связи с данными ключевыми целями, хотя и с разной направленностью и в разной степени. Законодательство некоторых стран способствует более надежному признанию и принудительной реализации прав и коммерческих сделок кредиторов и предоставляет больший контроль над процедурой несостоятельности кредиторам, чем должнику (что иногда именуется режимом, "благоприятствующим кредиторам"), тогда как законодательство других стран склоняется к предоставлению большего контроля над этой процедурой должнику (что именуется режимом, "благоприятствующим должникам"). Законодательство некоторых стран придает большее значение ликвидации 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 средства повышения суммы требований кредиторов как части функционирующей хозяйственной единицы, предоставляя второй шанс акционерам и руководителям предприятия-должника; обеспечения эффективных стимулов для того, чтобы предприниматели и управляющие использовали надлежащие подходы к регулированию рисков; или защиты уязвимых групп лиц, таких как служащие должника, от последствий коммерческого провала[1].

17. 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 режима несостоятельности может являться лучшим решением, чем попытки учесть такие интересы в рамках режима несостоятельности. Например, если законодательство о несостоятельности предоставляет требованиям служащих более низкий статус, чем требованиям обеспеченных и приоритетных кредиторов, то для защиты прав служащих могут использоваться механизмы страхования (см. Часть вторую, главу …).

18. 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 социальным нуждам. 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.

[1] Между благоприятствованием режима несостоятельности должникам или кредиторам, опорой на ликвидацию или реорганизацию и последующим успехом или неудачей реорганизации не обязательно существует прямая связь. Хотя подробное обсуждение этих вопросов не входит в рамки настоящего Руководства, они имеют важное значение для структуры режима несостоятельности и заслуживают рассмотрения. Хотя число случаев успешной реорганизации существенно разнится даже 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.

C. Общие черты режима несостоятельности

19. [24] Разработка эффективного и действенного режима 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 главах […] Части второй настоящего Руководства, включают:

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 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 будут приостанавливаться в результате открытия 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, которые приводят к причинению ущерба интересам кредиторов;

i) в случае реорганизации – подготовку плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость вообще, которые будут установлены в отношении содержания такого плана, и определение того, кто будет разрабатывать план, и условий, необходимых для его утверждения и осуществления;

j) определение статуса кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации; и

k) осуществление плана реорганизации, распределение поступлений от ликвидации, освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия, а также завершение производства.

20. [25] 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 будет ли законодательство о несостоятельности фактически влечь за собой 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 законодательства, которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акции, и нормы законодательства, которые предусматривают меры контроля за использованием иностранной валюты и иностранных инвестиций, что может влиять на содержание плана реорганизации (см. контракты найма и служащие [Часть вторая, глава …]; зачет требований и взаимозачет [Часть вторая, глава …]; и содержание плана реорганизации [Часть вторая, глава …]).

21. Хотя институциональные основы не рассматриваются подробно в настоящем Руководстве, некоторые из этих вопросов затрагиваются в главе … Части второй. 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 с точки зрения принятия ключевых решений, весьма важно, чтобы такая инфраструктура была в достаточной мере развита для выполнения требуемых функций.

II. ВИДЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

22. [26] Два основных вида производства являются общими для большинства режимов несостоятельности: ликвидация (как правило, официальное производство) и реорганизация (которая может представлять собой либо официальное производство, либо неофициальную процедуру, либо, в некоторых случаях, процедуру, которая объединяет неофициальные и официальные элементы).

23. [26] Традиционное различие или разница между этими двумя видами процедур может быть несколько искусственной и может приводить к излишней поляризации и негибкости. Она не учитывает, например, случаи, которые нелегко отнести к противоположным частям спектра, т. е. 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, т. е. 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 (т. е. прямой продажи активов по частям), которая используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации имущественной массы. Аналогичным образом, реорганизация может требовать продажи значительных частей коммерческого предприятия должника или [27] предусматривать последующую ликвидацию, или продажу предприятия какой-либо другой компании, или же роспуск существующей компании должника.

24. [27] По этим причинам целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало нечто большее, чем просто выбор между строго традиционной ликвидационной процедурой и каким-либо одним, определяемым узко, видом реорганизационной процедуры. 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.

25. [28] Когда речь идет об основных положениях эффективного и действенного режима несостоятельности, настоящее Руководство сосредоточивается на ликвидационной процедуре, с одной стороны, и реорганизационной процедуре – с другой. Однако принятие этого подхода не призвано указывать на то, что предпочтение отдается каким-либо конкретным видам процедур или же тому, каким образом различные процедуры должны быть отражены в законодательстве о несостоятельности. Напротив, в Руководстве прослеживается стремление сопоставить и противопоставить основные элементы различных видов процедур и содействовать использованию подхода, который сосредоточивается на максимизации результата для сторон, участвующих в процессе урегулирования дел о несостоятельности. Это может быть достигнуто путем разработки такой структуры законодательства о несостоятельности, какая включала бы традиционные официальные элементы таким образом, чтобы это способствовало как обеспечению максимальной гибкости, так и использованию неофициальных процедур, когда они будут наиболее эффективными.

A. Ликвидация

26. [29] Вид производства, именуемый "ликвидацией", регулируется законодательством о несостоятельности и, как правило, предусматривает принятие каким-либо публичным органом (обычно, хотя отнюдь не обязательно, судом, действующим 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 активов на пропорциональной основе среди кредиторов. Продажа активов может осуществляться по частям или может быть сопряжена с продажей коммерческого предприятия в качестве производственных единиц или же в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и такие процедуры

обычно приводят к роспуску или прекращению существования должника как коммерческого юридического лица. Другие термины, используемые для обозначения этого вида производства, включают банкротство, ликвидацию, faillite, quiebra и Konkursverfahren.

27. [30] Ликвидационное производство, как представляется, имеет практически "универсальный" характер с точки зрения его понятия, признания и применения и обычно осуществляется 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;

e) прекращение полномочий собственников и директоров и найма служащих;

f) продажа активов должника либо по частям, либо в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

g) рассмотрение требований кредиторов и вынесение решения по ним;

h) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и

i) роспуск компании-должника, если она является корпорацией или имеет какую-либо иную форму правосубъектности, или освобождение от обязательств в случае индивидуального должника.

28. [31] Существует ряд правовых и экономических обоснований ликвидационной процедуры. 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, т. е. 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 ликвидационных процедур 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. Процедура упорядоченной и эффективной ликвидации позволяет решать межкредиторскую проблему путем возбуждения коллективного производства, которое направлено на недопущение таких действий, какие, 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 способность кредиторов обеспечить осуществление своих индивидуальных прав в отношении должника и назначения независимого лица, основная обязанность которого заключается в максимальном повышении стоимости активов должника для распределения среди кредиторов.

29. [32] 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 режим несостоятельности должен функционировать как средство принудительной реализации прав индивидуальных кредиторов, хотя между данными двумя видами процедур имеется ясная и значимая взаимосвязь. Эффективность и действенность процедур индивидуальной принудительной реализации прав кредиторов будут означать, что кредиторы не принуждаются к использованию процедуры 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 сдержанностью, какая обусловливает его непригодность для использования таким образом. Тем не менее эффективная процедура 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.

B. Реорганизация

30. [33] Альтернативой ликвидации является процедура, призванная сохранить предприятие, а не продавать его активы и прекращать его существование. Эта процедура, которая может принимать одну из нескольких форм и может быть менее универсальной с точки зрения ее понятия, признания и применения, чем ликвидация, обозначается с помощью ряда различных терминов, включая реорганизацию, санацию, реструктуризацию, рационализацию, оздоровление, согласование, мировое соглашение, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas и Vergleichsverfahren. 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 она может приводить к уменьшению масштабов деятельности коммерческого предприятия, его продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы другой компании или его последующей ликвидации).

1. Официальное реорганизационное производство

31. [34] Как отмечалось выше, реорганизационное производство может охватываться законодательством о несостоятельности или же представлять собой неофициальную процедуру или процедуру, которая объединяет и официальные, и неофициальные элементы. Одно из обоснований

включения официальной реорганизационной процедуры в законодательство о несостоятельности заключается в том, что не все должники, которые совершают ошибки или сталкиваются с серьезными 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 бóльшую ценность (и, следовательно, большую выгоду для кредиторов в долгосрочном плане) представляет собой сохранение основного предприятия и других составных частей должника. Реорганизационные процедуры призваны дать должнику некоторую "передышку", с тем чтобы он мог преодолеть свои временные трудности с точки зрения ликвидности или более постоянной чрезмерной задолженности, и, в случае необходимости, дать ему возможность реструктурировать свои операции и свои 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 объеме, 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.

32. Дополнительные факторы, поддерживающие использование реорганизации, обусловливаются, в частности, тем, что [38] 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 реорганизационных процедур, поскольку они побуждают должников к принятию мер до того, как их финансовые трудности станут более серьезными. И наконец, существуют социальные и политические соображения, обусловливающиеся существованием реорганизационных процедур, которые защищают, например, служащих попавшего в затруднительное положение должника.

33. [35] Реорганизационные процедуры могут принимать ряд различных форм. Эти формы могут включать простое соглашение относительно задолженности (упоминаемое как мировое соглашение) в тех случаях, когда, например, кредиторы соглашаются получить определенную процентную долю задолженности, причитающейся им, 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.

34. [36] Хотя реорганизация не является столь универсальной процедурой, как ликвидация, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая:

a) согласие должника на осуществление данной процедуры (будь то добровольное 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 ограниченного срока;

c) продолжение коммерческих операций должника либо существующей администрацией, либо независимым управляющим или же на основе сочетания этих вариантов;

d) разработку плана, в котором предлагается режим в отношении кредиторов, акционеров и самого должника;

e) рассмотрение вопроса о принятии этого плана кредиторами и голосование по этому вопросу;

f) возможно, одобрение/подтверждение принятого плана в судебном порядке; и

g) осуществление плана.

35. [37] 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 неофициальной процедуры, используется для достижения целей реорганизации, является разной в различных странах. По общему признанию, существование ликвидационной процедуры может способствовать реорганизации предприятия-должника с помощью либо официального реорганизационного производства, либо неофициальных способов посредством процедуры внесудебного урегулирования, путем установления как для кредиторов, так и для должников стимулов к достижению надлежащего соглашения. И действительно, в экономике многих стран реорганизация чаще всего происходит на неофициальной основе, т. е. "в тени" официального режима несостоятельности.

36. [37] 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 неофициально провести переговоры с этим банком и устранить свои трудности без привлечения коммерческих кредиторов и необходимости открытия официального производства. Если финансовое положение является более сложным и требует участия большого числа различных видов кредиторов, то, возможно, потребуется бóльшая степень официальности для поиска решения, учитывающего различные интересы и цели этих кредиторов [38], поскольку внесудебная реорганизация требует единогласия. Официальные реорганизационные процедуры могут способствовать достижению желаемой цели в том случае, если такие процедуры позволяют должнику и большинству кредиторов ввести в действие план, с которым не согласно меньшинство кредиторов, особенно тогда, когда имеются кредиторы, которые "воздержались" от участия во внесудебных переговорах.

2. Неофициальное реорганизационное производство [подлежит согласованию с текстом пунктов 363–366 документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12]

37. [39] Неофициальные процедуры были разработаны несколько лет тому назад в банковском секторе в качестве альтернативы официальному реорганизационному производству. Неофициальные процедуры, которые проводят и на которые воздействуют банки и финансовые учреждения, действующие на мировом рынке, постепенно получили распространение в значительном числе правовых систем, хотя частота использования таких процедур разнится: в некоторых правовых системах, как сообщается, они используются редко, тогда как в других правовых системах реорганизация в большинстве случаев, как сообщается, проводится на неофициальной основе. До некоторой степени эти результаты могут отражать существование (или отсутствие) того, что иногда называется "культурой санации", т. е. степенью, в которой участники считают неофициальные процедуры, по всей вероятности, успешными, независимо от формального отсутствия черт производства согласно законодательству о несостоятельности, например моратория, и необходимости достижения консенсуса кредиторов для заключения неофициального соглашения.

38. [39] Использование неофициальной процедуры в целом ограничивалось случаями возникновения у компаний финансовых трудностей или их несостоятельности, в которых речь идет о значительной задолженности банкам и финансовым учреждениям. Эта процедура направлена на обеспечение достижения как между самими кредиторами, так и между кредиторами и должником соглашения в отношении реорганизации предприятия должника при изменении порядка финансирования или без этого. Неофициальная реорганизация может явиться средством обеспечения гибкости системы несостоятельности путем уменьшения необходимости полагаться на судебную инфраструктуру, содействия заблаговременному и эффективному принятию ответных мер кредиторами, чем это было бы обычно возможным в рамках официальных режимов, и избежания стигматизации, с которой часто связана несостоятельность. Неофициальные процедуры, хотя они и не основываются на положениях законодательства о несостоятельности или не полагаются на такие положения, полагаются на существование и наличие официальных основ несостоятельности при установлении санкций, которые могут способствовать успешному осуществлению неофициальной процедуры. Если должник и его банк и финансовые кредиторы не воспользуются возможностью для объединения и возбуждения неофициальной процедуры, этот должник или кредиторы могут применить официальное законодательство о несостоятельности, что сопряжено с вероятностью причинения ущерба интересам как должника, так и его кредиторов с точки зрения задержек, издержек и результатов.

39. Хотя это не регулируется законодательством о несостоятельности, многие правовые системы предусматривают, что должник может заключить соглашение или договоренности с некоторыми из его кредиторов, причем такие соглашения или договоренности могут регулироваться, например, договорным правом, правом акционерных компаний или коммерческим правом, или же гражданско-процессуальным правом, или в некоторых случаях соответствующими банковскими правилами. Вместе с тем существует несколько стран, правовые системы которых не допускают проведения реорганизации за рамками судебной системы или же законодательство о несостоятельности которых будет рассматривать шаги, связанные с такой неофициальной реорганизацией, как достаточные для того, чтобы суды сделали заявление о несостоятельности. Аналогичным образом, в ряде стран правовые системы, поскольку они возлагают на должника обязательства открыть официальное производство по делу о несостоятельности в течение определенного времени после конкретно указанного события несостоятельности, ограничивают проведение такого неофициального производства 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.]

a) Необходимые предварительные условия

40. Неофициальная реорганизация зависит с точки зрения своей 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, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между компанией-должником и финансовыми учреждениями, а также между самими финансовыми учреждениями для устранения финансовых трудностей компании-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;

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 бóльших выгод всеми сторонами в результате процесса переговоров, чем пу-

тем 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 правовой системе должника, так и в правовых системах иностранных кредиторов.

b) Основные процедуры

41. Для того чтобы быть эффективной, неофициальная реорганизационная процедура требует принятия ряда различных мер и обладания некоторыми профессиональными навыками. Основные элементы такой процедуры рассматриваются ниже.

i) Возбуждение процедуры

42. Неофициальная процедура по существу сопряжена с согласованием действий должника и кредиторов или, по меньшей мере, основных кредиторов, один или несколько из которых должны начать эту процедуру (поскольку нельзя полагаться на какой-либо закон или посредника для возбуждения, применения или содействия этой процедуре). Должник может и не испытывать желания начинать диалог с кредиторами или, по меньшей мере, со всеми его кредиторами, а кредиторы, хотя и испытывают озабоченность в связи со своим положением, могут проявлять незначительный интерес к коллективной процедуре. Именно в такой момент наличие и эффективность средств защиты, связанных с индивидуальными кредиторами, или официального производства по делу о несостоятельности могут использоваться для поощрения возбуждения и дальнейшего использования неофициальной процедуры. Должник, который по-прежнему проявляет нежелание участвовать, может оказаться объектом действий, направленных на погашение индивидуального долга или принудительную реализацию обеспечения, или даже производства 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 их долга. 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, поэтому имеет решающее значение для этого вида процедуры.

ii) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета

43. Реорганизация должна задействовать все ключевые заинтересованные круги; как правило, группа заимодателей и иногда группа основных кредиторов, которые могут затрагиваться реорганизацией, играют решающую роль в связи с такой процедурой. Для оптимальной координации хода переговоров должен быть назначен основной кредитор, обеспечивающий руководство, организацию, управление и администрацию. Такой кредитор обычно подотчетен комитету, который представляет интересы кредиторов (руководящий комитет), и может обеспечивать содействие и действовать в качестве органа для изучения предложений в отношении должника.

iii) Согласование "паузы"

44. 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 короткого, периода времени, если только оно не является ненадлежащим в каком-либо конкретном случае.

iv) Задействование консультантов

45. Попытки провести неофициальную реорганизацию 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 успешного применения такой процедуры.

v) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности

46. Должнику, который становится кандидатом для возможной неофициальной реорганизации, зачастую будет требоваться сохранение доступа к установленным 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 реорганизации. Хотя этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с законодательством о несостоятельности путем предоставления некоторой формы приоритета такому ведущемуся кредитованию (см. Часть вторую, главу VI.B), такое законодательство, как правило, не будет распространяться на механизм такого рода в рамках неофициальной процедуры.

47. Тем не менее те кредиторы, которые участвуют в попытках реорганизации, могут достичь соглашения о том, что если один или некоторые из них предоставляют новые кредиты, то другие кредиторы будут суброгировать 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 успеха реорганизации. Однако в случае неудачи реорганизации и ликвидации долж-

ника 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.

vi) Доступ к полной, достоверной информации о должнике

48. Весьма важно создать возможность для надлежащей оценки финансового положения должника и любых предложений, подлежащих представлению соответствующим кредиторам. 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.

vii) Отношение к кредиторам

49. Сложный характер интересов кредиторов зачастую сопряжен с критическими проблемами для неофициальных процедур. 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 неофициальной процедуре, могут быть возможными только в том случае, если существует перспектива получения более оптимального результата с помощью неофициальной процедуры или же если угроза открытия официального производства по делу о несостоятельности будет сдерживать кредиторов от реализации своих индивидуальных прав.

50. Вместе с тем во многих случаях привлечение каждого кредитора к неофициальной процедуре не представится 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 знаниями в области коммерческой деятельности или же не будут эффективно участвовать в такой процедуре. Хотя кредиторы, входящие в эти категории, зачастую могут быть оставлены за рамками процедуры, 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 в важных этапах производственного процесса должника), причем не существует правил, которые могут принуждать таких кредиторов к согласию с решением, принятым большинством кредиторов.

51. Весьма часто в ходе неофициальной реорганизации 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 в отношении плана реорганизации, а затем 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 – см. Часть вторую, главу V.B). Затем такой план может стать обязательным для других кредиторов. Без эффективного официального режима несостоятельности этот результат не может быть достигнут.

c) Правила и рекомендации, касающиеся неофициальной реорганизации

52. [43] Для содействия проведению неофициальной реорганизации 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 благосклонное 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. [A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункт 365] Международной организацией, которая провела работу в этой области, является Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), разработавшая Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов. Принципы предназначены для упрощения неофициальных процедур и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил.

3. Реорганизационные процедуры, которые включают как неофициальные, так и официальные элементы

53. [47] Некоторые страны установили процедуры, которые можно охарактеризовать как "процедуры, используемые до наступления несостоятельности" или "заранее разработанные" процедуры, которые фактически представляют собой комбинацию неофициальных реорганизационных процедур и официального реорганизационного производства. Например, в соответствии с законодательством о несостоятельности одной из стран были приняты правила, позволяющие суду официально одобрить план реорганизации, который был разработан неофициально и одобрен кредиторами путем голосования, имевшего место до открытия официального производства. Такие процедуры призваны свести к минимуму затраты и задержки, связанные с официальным реорганизационным производством, обеспечивая в то же время средство, с помощью которого план реорганизации, разработанный в неофициальном порядке, тем не менее может быть одобрен в отсутствие единодушной поддержки со стороны кредиторов. Такая процедура позволяет использовать результаты работы, проведенной в ходе неофициальных переговоров, для обеспечения реорганизации, которая будет обязательной для всех кредиторов, и в то же время распространения на затрагиваемых кредиторов мер защиты, которые предусматриваются законодательством о несостоятельности.

54. [48] 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.

55. Эти виды процедур более подробно рассматриваются в Части второй, главе V.B.

C. Административные процедуры

56. [44] В течение последних лет в ряде стран, затрагиваемых кризисом, были разработаны полуофициальные "структурированные" формы неофициальных процедур 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 неофициальной реорганизацией для установления стимулов и мотивации, необходимых для разработки неофициальных процедур. 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 из этих стран компания-должник, которая стремится провести переговоры относительно неофициальной реорганизации, должна согласиться с применением этих 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 проведения официальной реорганизации в соответствии с законодательством. Кроме того, одна из этих стран создала специальное ведомство, которое располагает согласно регулирующему его деятельность законодательству чрезвычайно широкими полномочиями по приобретению неэффективных кредитов у банковского и финансового секторов, а затем применению внесудебных процедур в отношении компании-должника, не выполнившей своих обязательств, включая принудительную или вынужденную реорганизацию.

57. 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 подробно в Руководстве.

D. Структура режима несостоятельности

58. [52] Хотя законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает как ликвидационное, так и реорганизационное производство, отмечается широкое разнообразие подходов к структуре таких процедур, которая ведет к выбору одной из этих 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.

59. [53] В тех положениях законодательства, в которых ликвидация или реорганизация рассматривается в качестве отдельных процедур, это делается на основе различных основополагающих соображений социального и коммерческого характера, а также для достижения различных целей. Вместе с тем, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, приводимого 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 аспектов.

60. [54] Если законодательство о несостоятельности предусматривает две разные процедуры, то вопрос о том, какая процедура будет применяться, решается, по крайней мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент открытия того или иного производства зачастую невозможно окончательно оценить финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. Некоторые недостатки этого подхода заключаются в том, что его использование может создать нежелательную степень поляризации между ликвидацией и реорганизацией и может привести к задержкам, большим затратам и неэффективности, особенно, например, в том случае, если неудача в реорганизации требует подачи нового и отдельного заявления в отношении ликвидации. Этот недостаток можно до некоторой степени преодолеть путем установления определенных взаимосвязей между этими двумя видами производства, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одного вида производства в другой при определенных конкретных обстоятельствах, и путем включения средств, призванных предупреждать злоупотребление процедурой несостоятельности, таких как открытие реорганизационного производства в целях уклонения от ликвидации или ее затягивания (см. …).

61. [55] В связи с вопросом о выборе процедур 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 возбуждено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

62. [56] Как правило, ликвидационные и реорганизационные процедуры, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, т. е. ликвидационная процедура 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 …). 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.

63. [57] 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[2]. В соответствии с "единым подходом" устанавливается первоначальный период времени (который обычно именуется "контрольным сроком" и продолжительность которого, согласно 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 производится только после 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. Простая, единая процедура, допускающая и реорганизацию, и оздоровление, может также побуждать должников, сталкивающихся с финансовыми трудностями, к заблаговременному возбуждению производства, что повышает вероятность успешного оздоровления. Вместе с тем недостатком этой процедуры может быть задержка, которая имеет место между принятием решения об открытии производства и принятием решения в отношении того, какая процедура должна использоваться, а также последствия для коммерческого предприятия должника и стоимости активов должника, которые могут возникнуть в результате такой задержки.

64. Что бы 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 какого-либо окончательного определения его будущего.

---

[2] В случае выбора единой системы потребуется включить некоторые изменения в различные узловые элементы законодательства о несостоятельности. Эти изменения указаны в Приложении …

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата

СОДЕРЖАНИЕ

[Глоссарий к Руководству содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; главы I и II Части первой содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; глава II.A и B Части второй – в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и 4; глава III.A–F – в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.A–D – в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 и 11, глава V – в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12; глава VI.A–C – в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13 и 14; глава VII.A и B – в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15]

		Пункты
ЧАСТЬ ВТОРАЯ (ПРОДОЛЖЕНИЕ)		1–14
IV.	УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ	
	A. Должник	
	6. Право на обжалование и апелляцию	
	C. Кредиторы	1–14
	3. Право на обжалование и апелляцию	1–14
VI.	ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА	15–24
	D. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности	15–24
	1. Введение	15–17
	2. Ответственность группы за внешние долги	18–23
	3. Внутригрупповые долги	24

Часть вторая (продолжение)

IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ

A. Должник

6. Право на обжалование и апелляцию

[Этот раздел будет включен после пункта 230 документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

Примечание для Рабочей группы: с учетом нижеследующего раздела применительно к кредиторам, обладает ли должник какими-либо правами на обжалование решений, принятых управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами? Может ли должник ходатайствовать об отстранении и замене управляющего в деле о несостоятельности? Может ли должник подать апелляцию на вынесенные судом решения по различным аспектам производства по делу о несостоятельности? В случае положительного ответа на эти вопросы, следует ли рассмотреть их в Руководстве?

Согласно законодательству одной из стран, например, должник считается обладающим остаточным интересом в имущественной массе и он может удовлетворять квалификационным требованиям в отношении лица, понесшего убытки, и, таким образом, обжаловать в суде действия или решения управляющего в деле о несостоятельности (для предъявления исков к доверенному лицу на основаниях злонамеренного преследования или клеветы требуется разрешение суда), а также может ходатайствовать об отстранении управляющего в деле о несостоятельности.

C. Кредиторы

3. Право на обжалование и апелляцию

[Нижеследующие пункты могут быть включены после пункта 295 документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

a) Введение

1. Кредиторы коллективно обладают основным экономическим интересом в имущественной массе несостоятельного предприятия. Этот интерес, как правило, защищается управляющим в деле о несостоятельности, который управляет имущественной массой с целью сохранения и защиты ее активов и стоимости, что в конечном итоге отвечает интересам кредиторов.

2. Для обеспечения уверенности кредиторов в том, что их интересы защищаются, в законодательстве о несостоятельности целесообразно предусмотреть условия для активного участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности. Как это с очевидностью вытекает из обсуждения, проведенного в главе IV, уровень такого участия и функции, которыми наделяются, соответственно, кредиторы, управляющие в деле о несостоятельности и суды применительно к процессу принятия решений, существенно различаются в зависимости от правовой системы. В то же время согласно большинству режимов кредиторы, в качестве основных бенефициаров имущественной массы, наделяются определенными возможностями контроля как за управлением имущественной массой, так и за поведением управляющего в деле о несостоятельности при выполнении его обязанностей. В тех случаях, когда реше-

ния, касающиеся управления имущественной массой, должны приниматься судами, на эти решения, как правило, может подаваться апелляция в вышестоящий суд, хотя согласно некоторым законам о несостоятельности для некоторых решений предусматриваются исключения из порядка апелляции (например, решения о назначении судьи, осуществляющего надзор, или об открытии производства).

3. 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 будет требоваться выполнять свои функции в интересах всех кредиторов и предпринимать действия, которые могут и не пользоваться поддержкой или одобрением отдельных кредиторов. В то же время в обычных обстоятельствах такое несогласие не будет являться для суда основанием для замены управляющего в деле о несостоятельности, а для кредиторов – для предъявления исков к управляющему в деле о несостоятельности.

b) Обжалование действий и бездействия управляющего в деле о несостоятельности

4. 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 и доказательственные требования в значительной мере зависят от тех функций, которыми наделяются кредиторы в соответствии с конкретным режимом несостоятельности.

5. В тех случаях, когда этот режим предусматривает, что действия и решения управляющего в деле о несостоятельности подлежат надзору со стороны общего органа кредиторов или комитета кредиторов или должны утверждаться им, может быть обеспечен высокий уровень защиты кредиторов. В то же время если такой надзор или необходимость получения согласия лишь усложняет управление имущественной массой, то потенциально могут быть созданы неблагоприятные последствия для затрат на административные процедуры и для эффективности таких процедур. По этим причинам в режиме несостоятельности будет необходимо сбалансировать ту степень, в которой требуется надзор или утверждение со стороны кредиторов (включая определение тех действий и решений, которые будут требовать утверждения, и процедуру получения такого утверждения), с учетом независимости управляющего в деле о несостоятельности, а также желательности оперативности и эффективности с точки зрения затрат при проведении производства по делу о несостоятельности. Эти возможно противодействующие факторы в различных режимах сбалансированы по-разному. К числу других уместных факторов, которые, возможно, потребуется принять во внимание, относится объем функций суда по надзору за производством и деятельностью управляющего в деле о несостоятельности, а также тот порядок, в котором в режиме несостоятельности сбалансированы эти функции и вопрос об участии кредиторов.

c) Основания для обжалования

6. Основания, по которым кредиторы могут оспорить либо решение управляющего в деле о несостоятельности, либо осуществляемое им управление, а также те решения, которые могут быть таким образом оспорены, должны быть прямо оговорены в законодательстве о несостоятельности. Основания для действий кредиторов могут быть, согласно имеющимся законам, подразделены на две основные категории.

7. К первой категории относятся те законы, согласно которым кредиторам предоставляются определенные права в тех случаях, когда может быть доказано, что управляющий в деле о несостоятельности действует ненадлежащим образом. Это может относиться к фактическим противоправным действиям, таким как присвоение фондов или активов или получение согласия кредиторов с помощью ненадлежащих средств; процедурным ошибкам, таким как необращение к кредиторам или комитету кредиторов за необходимым утверждением или несовершение иных действий, требуемых законом; или небрежности со стороны управляющего в деле о несостоятельности при исполнении его обязанностей. В некоторых правовых системах право кредиторов оспаривать действия управляющего в деле о несостоятельности ограничивается некоторыми подобными ситуациями, причем в ряде случаев только ими.

8. Ко второй категории относятся те законы, которые предусматривают – как правило, в дополнение к основаниям, связанным с конкретными ненадлежащими действиями, – что кредиторы могут оспорить (обычно в судах) любые решения, действия или бездействие управляющего в деле о несостоятельности, против которых они индивидуально или коллективно возражают или с которыми они не согласны. Для того чтобы такое оспаривание завершилось успешно, будут, как правило, требоваться основания, аналогичные вышеупомянутым, однако для этого могут также потребоваться доказательства того, что решение, действие или бездействие противоречили интересам кредиторов. С тем чтобы не допустить неразумного пагубного вмешательства в управление имущественной массой, в законодательстве о несостоятельности могут устанавливаться надлежащие ограничения, такие как корректировка стандарта доказывания, который должен быть удовлетворен, с тем чтобы суд согласился с возражениями кредиторов, или защита некоторых аспектов управления имущественной массой от возможности оспаривания, например исключение для действий, касающихся открытия производства по делу о несостоятельности.

d) Процедуры обжалования

9. Процедуры, предусматриваемые применительно к возражениям кредиторов против управления имущественной массой, в значительной мере определяются правилами, регулирующими обязанности управляющего в деле о несостоятельности и функции кредиторов, если таковые предусматриваются, по активному участию в таком управлении. Например, в тех законах, которые требуют получения 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 применительно к подобным действиям, за исключением тех ситуаций, когда управляющий в деле о несостоятельности вводит кредиторов в заблуждение.

10. В тех случаях, когда действия управляющего в деле о несостоятельности не подлежат предварительному утверждению со стороны кредиторов, может возникать необходимость в официальных процедурах обжалования.

11. Существуют разнообразные формы процедуры обжалования. В некоторых законах кредиторам коллективно предоставляются функции по рассмотрению споров между управляющими в деле о несостоятельности и кем-либо из кредиторов. В законах, в которых используется такой подход, первоочередное внимание уделяется праву кредиторов потребовать от управляющего в деле о несостоятельности созыва собрания всех кредиторов или комитета кредиторов, с тем чтобы попытаться урегулировать возникшую проблему.

12. В то же время согласно большинству законов о несостоятельности требуется, чтобы кредиторы заявляли свои возражения через суд. В некоторых законах о несостоятельности правом на иск наделяются индивидуальные кредиторы, в то время как согласно другим законам требуется, чтобы возражающий кредитор или кредиторы составляли определенное число от общего количества 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 общим органом кредиторов. Действие таких требований может зависеть от оснований, на которых подается возражение.

13. В большинстве законов суды наделяются 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 те или иные конкретные действия или воздержаться от их 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. Часть вторую, главу IV.B.9). Во многих законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности несет личную ответственность за убытки, намеренно или по неосторожности причиненные кредиторам в результате исполнения им своих обязанностей (см. Часть вторую, главу IV.B.7). В некоторых законах о несостоятельности также предусматривается, что в подобных обстоятельствах суд может наложить денежный штраф на управляющего в деле о несостоятельности.

e) Реорганизация

14. При реорганизации кредиторы могут, в добавление к обсужденным выше моментам в связи с управляющим в деле о несостоятельности, обладать определенными средствами правовой защиты, непосредственно касающимися утверждения плана и его осуществления. Эти аспекты обсуждаются в Части второй, главу V.A.8, 10, 13 и 14.

VI. ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА

D. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности

[Нижеследующие пункты могут быть включены после рекомендаций, следующих за пунктом 441 документа A/CN.9/WG.WP.63/Add.14]

1. Введение

15. В коммерческой деятельности обычной является такая практика, когда проект выполняется 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 урегулировать которые будет, возможно, нелегко. В ряде ситуаций, например когда коммерческая деятельность компании направлялась или контролировалось какой-либо связанной с нею 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 платежа по долгам или обязательствам связанной с ней компании-должника (кроме тех случаев, когда компания-должник является акционером или кредитором такой связанной компании), независимо от тесных взаимоотношений между компаниями и того факта, что связанная 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 конкретных делах могут возникнуть трудности по распутыванию клубка фактических обстоятельств для определения того, с какой из компаний группы вступили в отношения конкретные кредиторы, или для вычленения финансовых операций в отношениях между компаниями группы.

16. Можно определить две следующие проблемы, вызывающие особую обеспокоенность в связи с производством по делам о несостоятельности с участием одной из компаний, входящих в группу:

a) будет ли за внешние долги неплатежеспособной компании (т. е. за все долги, причитающиеся с неплатежеспособной компании, за исключением тех из них, которые причитаются связанным компаниям, входящим в группу, т. е. "внутригрупповых долгов") нести ответственность какая-либо из других компаний, входящих в группу; и

b) режим внутригрупповых долгов (требования к компании-должнику со стороны компаний группы).

17. Эти вопросы по-разному решаются в различных законах о несостоятельности. В некоторых законах используется предписательный подход, согласно которому строго ограничиваются обстоятельства, при которых на компании группы может быть распространен лишь иной режим, чем режим отдельных юридических лиц, или, другими словами, обстоятельства, при которых связанная компания может нести ответственность за долги неплатежеспособного члена группы. В других законах используется более либеральный подход и судам предоставляется широкая свобода усмотрения в оценке обстоятельств конкретных дел на основе специальных руководящих указаний. В этом последнем случае разброс возможных результатов является более широким, чем в случае тех законов, в которых применяется предписательный подход. В любом случае, однако, в законодательстве о несостоятельности эти вопросы внутригрупповой ответственности рассматриваются, как правило, на основе взаимосвязи между несостоятельной компанией и связанными с ней компаниями группы с точки зрения как состава акционеров, так и управленческого кон-

троля. Одно из возможных преимуществ урегулирования этих вопросов в законодательстве о несостоятельности состоит в том, чтобы предоставить корпоративным группам стимул для постоянного контроля за деятельностью компаний, входящих в группу, и принятия заблаговременных мер в случае финансовых трудностей одного из членов той 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 возникновению 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 повлечь за собой сложности в сфере бухгалтерской отчетности в связи с вопросом о порядке урегулирования обязательств в рамках группы.

2. Ответственность группы за внешние долги

18. При оценке того, должна ли какая-либо связанная компания или компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособного члена группы, режимы несостоятельности исходят из ряда различных обстоятельств или фактов.

19. Во многих правовых системах используется общий подход, согласно которому связанная компания несет ответственность за долг, если она предоставила гарантии в отношении своих дочерних компаний. Аналогично, 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 связанной компании, что позволит третьим сторонам в принудительном порядке осуществить свои права непосредственно в отношении связанной компании в качестве принципала.

20. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности наделяет суды широкой свободой усмотрения в определении ответственности одной или нескольких компаний, входящих в группу, за долги других компаний группы при учете определенных руководящих указаний, такие указания могут включать использование следующих соображений: степень взаимоувязки управления, коммерческих операций и финансов компаний; поведение связанной компании в отношении кредиторов несостоятельной компании; существующее у таких кредиторов представление, что они осуществляют операции с одним экономическим субъектом, а не с двумя или более компаниями, входящими в группу; и та степень, в которой возникновение несостоятельности можно отнести на счет действий связанной компании, входящей в группу. На основе этих соображений суд может вынести решение о той степени, в которой корпоративная группа действовала в качестве единого предприятия, и в некоторых правовых системах суд может вынести постановление о консолидации или объединении активов и обязательств компании[1], особенно в тех случаях, когда это будет способствовать реорганизации корпоративной группы, или постановление о том, чтобы связанная компания приняла финансовое участие в неплатежеспособном предприятии, при условии что такое участие не затронет платежеспособности самой компании-вкладчика. Платежи в рамках такого участия будут, как правило, осуществляться управляющим в деле о несостоятельности, который управляет имущественной массой неплатежеспособного предприятия в интересах имущественной массы в целом.

21. Еще одно, причем важное соображение, которое используется в законах о несостоятельности, разрешающих применение подобных мер, связано с последствиями этих мер для кредиторов. В подобных 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 корпоративными субъектами. Эти коллективные интересы вступят в коллизию, если общих активов объединенных компаний будет недостаточно для удовлетворения всех требований. В подобном 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 этой проблеме 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 некоторых законах учитывается вопрос о том, повысит ли отказ в принятии решения о консолидации – что обеспечит необходимость в отдельных производствах по делу о несостоятельности – стоимость и продолжительность 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, возвратить определенные средства за счет кредиторов других входящих в группу компаний[2].

22. Общий принцип всех режимов, устанавливаемых такого рода законами, состоит в том, что для вынесения постановления о консолидации суд должен убедиться в том, что кредиторы понесут более значительный ущерб в отсутствие консолидации, чем тот ущерб, который несостоятельные компании и несогласные кредиторы понесут в случае осуществления такой консолидации. В интересах справедливости в некоторых правовых системах допускается частичная консолидация за счет исключения из нее требований особых кредиторов и удовлетворения этих требований из конкретных активов (исключенных из постановления о консолидации) одной из несостоятельных компаний. Трудности, связанные с попыткой согласовать

[1] Решение о том, что корпоративная группа действовала в качестве единого экономического 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.

[2] Согласно некоторым законам требуется, чтобы до проведения любого распределения были индивидуально определены кредиторы, а также активы и обязательства каждой соответствующей компании, входящей в группу.

различные интересы, привели к тому, что подобные постановления редко выносятся в странах, где такая возможность предусматривается.

23. Следует отметит, что законы о несостоятельности, предусматривающие консолидацию, не затрагивают прав обеспеченных кредиторов, кроме как, возможно, держателей внутригруппового обеспечения (в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы являются одной из компаний, входящих в группу).

3. Внутригрупповые долги

24. Могут предусматриваться различные режимы для внутригрупповых долгов. Как это уже обсуждалось выше (см. Часть вторую, главу III.E), внутригрупповые сделки могут подлежать расторжению. Согласно некоторым законам о несостоятельности, предусматривающим консолидацию, 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 внутригрупповой заем), в результате чего внутригрупповое обязательство будет пользоваться более низкой очередностью, чем аналогичное обязательство в отношениях между не связанными между собой сторонами.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата

[Глоссарий к Руководству содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; Часть первая Руководства содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; Часть вторая Руководства содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3-16]

ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО, РЕГУЛИРУЮЩЕЕ ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Рекомендации

Цель законодательных положений

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

a) содействовать трансграничному финансированию, коммерческим отношениям и торговле;

b) облегчить заключение коммерческих сделок за счет обеспечения ясной и прозрачной основы для определения норм права, которые будут применяться к юридическим отношениям с должником;

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

d) в отсутствие положения о выборе права в договоре с должником – предоставить в распоряжение судов ясные и предсказуемые правила для определения норм права, применимых к юридическим отношениям с должником.

Содержание законодательных положений

Управление производством по делу о несостоятельности

– Право страны суда

1) Общее законодательство о несостоятельности [название государства] [применяется] [является правом, применимым] ко всем аспектам открытия, ведения и прекращения производства по делу о несостоятельности, а также управления таким производством, [в частности к] [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) полномочия должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредиторов и комитета кредиторов;

e) затраты и расходы;

f) предложение, принятие, утверждение и обеспечение выполнения плана реорганизации;

g) режим юридических действий, наносящих ущерб кредиторам;

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

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

j) требования и их режим; и

k) разрешение и прекращение производства.

– Право иное чем право страны суда

[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения рекомендаций общего характера, с тем чтобы указать на те случаи, когда применяться должно право иной правовой системы, например указать, что производство по делу о несостоятельности не должно создавать последствий для действительности обеспечительного интереса, поскольку этот вопрос должен регулироваться правом, применимым к обеспечительному инте-

ресу (может быть включена перекрестная ссылка на руководство по обеспеченным сделкам), а также для трудовых договоров и отношений, поскольку этот вопрос должен разрешаться в соответствии с правом, регулирующим эти договоры.]

2) В качестве исключения из оговоренного в рекомендации 1 [право] [общее законодательство о несостоятельности] [название государства] может предусматривать, что право иного государства применимо к [вопросу о возможности расторжения сделки или произведенного зачета или обязательства, принятого до открытия производства] [независимо от того, подлежит ли сделка или произведенный зачет или обязательство, принятое до открытия такого производства, расторжению].

[Примечание: В этой рекомендации не оговариваются обстоятельства, при которых право другого государства будет признаваться применимым в отношении вопроса о расторжении. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть обстоятельства, при которых решение о таком признании будет приниматься, и указать коллизионные привязки применительно к праву другого государства и соответствующей сделке.]

3) [В качестве еще одного исключения из оговоренного в рекомендации 1] общее законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что [ускорение сроков погашения] [закрытие позиций] зачет или чистые расчеты в связи с финансовыми обязательствами и сделками согласно правилам платежной или расчетной системы или финансового рынка не должны подлежать расторжению [кроме как в той мере, в которой будет применима рекомендация 70 *a)*] [или восстановлению]. Общее законодательство о несостоятельности [название государства] должно признавать [ускорение сроков погашения] [закрытие позиций] зачет или чистые расчеты согласно аналогичным правилам платежной или расчетной системы или финансового рынка в другом государстве.

[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения подобной рекомендации в настоящий раздел Руководства или в главу III.E или F. В этой связи см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9 и ссылку на возможные дополнительные рекомендации.]

Действительность договорных положений о выборе права

4) Общее законодательство о несостоятельности должно признавать договорные положения, в которых должник и его контрагент прямо соглашаются о том, что правом, применимым к их юридическим 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:

a) речь идет о потребительских сделках или трудовых отношениях;

b) такое положение рассматривается как явно противоречащее публичному порядку правовой системы, право которой применялось бы в отсутствие такого положения; или

c) эти положения касаются приоритета, создания, формализации или возможности принудительной реализации обеспечительного интереса в отношении третьих сторон.

Определение применимого права

5) Общее законодательство о несостоятельности должно четко указывать случаи, когда нормы законодательства о несостоятельности будут [подчиняться другим законам] [затрагиваться другими законами]. 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.

[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения подобной рекомендации в Руководство с учетом того, что она отражает некоторые ключевые цели, а также общепризнанные принципы, уже упоминающиеся в ряде глав комментария. Если решение о включении такой рекомендации будет принято, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о ее месте в настоящем разделе или в другой части Руководства.]

6) В тех случаях, когда общее законодательство о несостоятельности или другое применимое право [название государства] не содержит правовой нормы, регулирующей соответствующий вопрос, суд, рассматривающий дело о несостоятельности [в котором было открыто производство по делу о несостоятельности], применяет правовые нормы за пределами законодательства о несостоятельности. 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 за пределами законодательства о несостоятельности должны быть применены. Коллизионные нормы должны быть ясными и предсказуемыми и соответствовать современным коллизионным нормам, закрепленным в международных договорах и руководствах по законодательным вопросам, подготовленных международными органами.

[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности – с учетом ее решения в отношении рекомендации 4 – включения в рекомендацию 6 примеров подходов, используемых в современных коллизионных нормах, например, принципа уважения выбора применимого права сторонами без неоправданных ограничений или без требования наличия связи между сделкой или сторонами и избранным применимым правом. Такие примеры могут оказаться полезными для разъяснения смысла третьего предложения этой рекомендации.]

F. Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе их первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года)

(A/CN.9/535) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	ВВЕДЕНИЕ	1
II.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	2–7
III.	ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ	8
IV.	РАССМОТРЕНИЕ РЕЖИМА ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	9–23
	A. Введение (пункты 1–5)	9–10
	B. Ключевые цели (пункты 6–8)	11
	C. Включение обремененных активов в имущественную массу в делах о несостоятельности (пункты 9–15)	12
	D. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав (пункты 16–22)	13–14
	E. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности (пункты 23–24)	15–16
	F. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок (пункт 25)	17
	G. Относительный приоритет обеспечительных прав (пункты 26–28)	18–19
	H. Финансирование после открытия производства (пункты 29–35)	20
	I. Реорганизационная процедура (пункты 36–41)	21
	J. Ускоренная реорганизационная процедура (пункты 42–45)	22
	K. Резюме и рекомендации (пункты 46–53)	23

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцать пятой сессии (2002 год) Комиссия с особым удовлетворением приняла к сведению усилия, предпринимаемые Рабочей группой VI (Обеспечительные интересы) и Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) с целью координации их работы по такому представляющему взаимный интерес вопросу, как режим обеспечительных интересов при производстве по делу о несостоятельности. Координация такой деятельности получила решительную поддержку, поскольку, по общему мнению, она имеет основополагающее значение для обеспечения государств всеобъемлющим и согласованным инструктивным материалом в отношении режима обеспечительных интересов при производстве по делу о несостоятельности. Комиссия одобрила внесенное предложение о пересмотре главы X проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам в свете ключевых принципов, согласованных Рабочими группами V и VI (см. документы A/CN.9/511, пункты 126–127, и A/CN.9/512, пункт 88). Комиссия также одобрила предложение о более четкой координации работы обеих рабочих групп, включая предложение о проведении однодневного совместного заседания двух рабочих групп, приуроченного к их предстоящим сессиям[1].

II. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ

2. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы), в состав которых входят все государства – члены Комиссии, провели свою первую совместную сессию в Вене с 16 по 17 декабря 2002 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов рабочих групп: Австрии, Аргентины, бывшей югославской Республики Македонии, Германии, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Камеруна, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Марокко, Российской Федерации, Руанды, Румынии, Сингапура, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Франции, Швеции и Японии.

3. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Беларуси, Болгарии, Венесуэлы, Дании, Индонезии, Ливана, Новой Зеландии, Польши, Республики Корея, Сирийской Арабской Республики, Словакии, Турции, Украины, Филиппин и Швейцарии.

4. 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 (ААКПО), Общий рынок восточной и южной частей Африки (ОРВЮА), Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) и Международный институт по унификации частного права (МИУЧП); *c)* неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов (АФА), Центр международных исследований в области права, Центр юридической компетентности (ЦЮК), Ассоциация коммерческого финансирования (АКФ), Европейская федерация ас-

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/54/17), пункт 203.

социаций по факторингу, Международная ассоциация адвокатов, Комитет J (МАА), Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), Институт Макса Планка, Общество европейского договорного права (ОЕДП), Ассоциация адвокатов города Нью-Йорка и Союз конфедераций промышленников и работодателей Европы (СКПРЕ).

5. Рабочие группы избрали следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Александер МАРКУС (Швейцария, в личном качестве)

Докладчик: г-н Таманоон ФИТАЙЯПОРН (Таиланд)

6. На рассмотрении рабочих групп находились следующие документы: A/CN.9/WG.V/WP.62 и A/CN.9/WG.VI/WP.5 (предварительная повестка дня), A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5 (проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, Глава IX. Несостоятельность) и A/CN.9/WG.V/WP.64 (проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: статус обеспеченных кредиторов при несостоятельности).

7. Рабочие группы утвердили следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.
2. Утверждение повестки дня.
3. Рассмотрение режима обеспечительных прав при производстве по делу о несостоятельности.
4. Прочие вопросы.
5. Утверждение доклада.

III. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

8. Рабочие группы 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). Ход обсуждения в рабочих группах и их решения изложены в части IV, ниже. Рабочие группы с особым удовлетворением отметили, что в результате плодотворного сотрудничества между ними их обсуждение и решения основываются на согласованных принципах и основополагающих соображениях, причем такой подход является необходимым для представления государствам всеобъемлющих и последовательных рекомендаций в отношении режима обеспечительных прав при производстве по делу о несостоятельности. Секретариату было предложено подготовить на основе результатов обсуждения и решений пересмотренный вариант главы IX ("Несостоятельность") проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

IV. РАССМОТРЕНИЕ РЕЖИМА ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Введение (пункты 1–5)

9. В отношении пункта 2 было решено, что в нем следует разъяснить, что, хотя защита экономической стоимости обремененных активов является весьма важной для режимов обеспеченных сделок, режимы несостоятельности придают большее значение защите стоимости всех активов, входящих в имущественную массу в деле о несостоятельности. Было также решено, что ссылку на контроль за деятельностью должников следует смягчить на том основании, что данный проект руководства не должен устанавливать обязательства, которые не могут быть выполнены и которые могут неблагоприятно воздействовать на наличие и стоимость кредитов, или же прибегать к подробному обсуждению обязательств по соглашению об обеспечении.

10. В связи с пунктом 4 было высказано предположение, что различие между ликвидацией и реорганизацией нуждается в определенном дальнейшем уточнении для учета других методов, например продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и что такое изменение должно быть отражено во всем тексте главы IX.

B. Ключевые цели (пункты 6–8)

11. Было решено, что следует выделить принцип, согласно которому действительность обеспечительного права должна быть признана в производстве по делу о несостоятельности при условии принятия мер по расторжению сделок. Было отмечено, что этот принцип также отражен в проекте руководства по несостоятельности (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, пункт 170 и рекомендацию 71). Было также решено, что ссылку на приоритет следует понимать как относящуюся к коллидирующим требованиям, а не к различию между действительностью по отношению к должнику и действительностью и приоритетом по отношению к третьим сторонам. Кроме того, было также решено, что следует включить ссылку на воздействие финансирования после открытия производства на права существующих обеспеченных кредиторов.

C. Включение обремененных активов в имущественную массу в делах о несостоятельности (пункты 9–15)

12. Было отмечено, что Рабочая группа V, при определении имущества, подлежащего включению в имущественную массу (для целей и ликвидации, и реорганизации), решила, что, в дополнение к активам должника, имущественная масса должна включать права должника, будь то имущественного, договорного или иного характера (см. документ A/CN.9/529, пункт 82 и рекомендации 27 и 30). Согласившись с тем, что такая формулировка должна быть включена в проект руководства по обеспеченным сделкам, рабочие группы отметили, что права покупателя/должника в отношении соглашений об удержании правового титула будут включаться в имущественную массу независимо от того, характеризуются ли они как имущественные или договорные права, или от того, считаются ли права продавца/кредитора обеспечительными правами (данный вопрос предстоит урегулировать в проекте руководства по обеспеченным сделкам).

D. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав (пункты 16–22)

13. Было отмечено, что Рабочая группа V завершила подробное обсуждение вопроса о применении моратория и принятии целого ряда мер, необходимых для защиты обеспеченных кредиторов (см. документ A/CN.9/529, пункты 114–124 и рекомендации 40–42). После обсуждения рабочие группы решили, что касающаяся несостоятельности глава проекта руководства по обеспеченным

сделкам должна соответствовать проекту руководства по несостоятельности в том, что касается данных вопросов. Было высказано предположение о том, что пункт 20 следует расширить, с тем чтобы установить стандарт, на основании которого должны оцениваться гарантии (например, положение обеспеченного кредитора, в котором он оказался бы в случае реализации им своего обеспечения до открытия производства).

14. В отношении затрагиваемого в пункте 22 вопроса о том, должна ли стоимость обремененных активов после платежа по обеспеченному требованию ("излишек") быть частью имущественной массы, было решено, что следует сделать ссылку на режим соглашений об удержании правового титула, установленный в различных правовых системах. Было указано, что в некоторых правовых системах в случае продажи согласно соглашению об удержании правового титула продавец может удерживать любой излишек. В ответ было отмечено, что в других правовых системах любой излишек даже с учетом соглашений об удержании правового титула будет являться частью имущественной массы. Было указано, что данный вопрос может зависеть от того, рассматриваются ли соглашения об удержании правового титула в качестве обеспечительных прав, и от того, продолжает ли управляющий в деле о несостоятельности исполнение соответствующего контракта или же он его прекращает. Что касается рассмотрения в пункте 22 вопроса об использовании активов и распоряжении ими, то было решено, что в нем следует отразить направленность подхода, используемого в отношении этого вопроса в рекомендациях 44, 45 и 51 проекта руководства по несостоятельности (см. документ A/CN.9/529, пункты 131 и 139–140).

E. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности (пункты 23–24)

15. В связи с пунктом 23 было решено, что его текст следует пересмотреть, с тем чтобы отразить принцип, согласно которому, поскольку обремененные активы являются частью имущественной массы, этим затрагиваются обеспеченные кредиторы и им следует разрешить эффективно участвовать в производстве по делу о несостоятельности, в том числе в любых переговорах, направленных на достижение мирового соглашения.

16. В отношении пункта 24 было решено, что он должен точнее отражать рекомендацию 110, содержащуюся в проекте руководства по несостоятельности, в том смысле, что обеспеченные кредиторы будут представлены в комитетах кредиторов (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

F. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок (пункт 25)

17. Было отмечено, что в пункте 25 отражен принцип, установленный в проекте руководства по несостоятельности (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.9, пункт 170 и рекомендацию 171). После обсуждения было решено, что следует сделать ссылку на действительность обеспечительных прав по отношению к должнику и его кредиторам, поскольку понятие "действительности" относится к взаимоотношениям между обеспеченным кредитором и должником и предполагает наличие договорного права. Было также решено, что в отношении вопроса о том, могут ли действия по расторжению сделок быть инициированы не только управляющим в деле о несостоятельности, но и кредиторами, следует сделать ссылку на соответствующее рассмотрение данного вопроса в проекте руководства по несостоятельности (см. документ A/CN.9/529, пункты 164–165). Кроме того, было решено, что ссылку на выплату поступлений от обремененных активов после открытия производства следует уточнить с помощью добавления, согласно которому данный вопрос относится к ликвидационной процедуре, и укрепить ее в том смысле, что такого рода платеж "должен быть произведен", а не просто "быть возможным". Было предложено включить ссылку на расторжение обеспеченной сделки из-за отсутствия регистрации. В ответ было указано, что это может и не быть необходимым, поскольку источником недействительности в таком случае является законодательство об обеспеченных сделках, а не законодательство о несостоятельности.

G. Относительный приоритет обеспечительных прав (пункты 26–28)

18. В связи с пунктами 26 и 27 было решено, что принцип, согласно которому приоритет, предоставленный до открытия производства, следует соблюдать с учетом ограниченного числа четко установленных исключений, необходимо отразить более ясно. В отношении примечания курсивом были высказаны разные мнения. Одно из мнений заключалось в том, что данное примечание следует исключить, поскольку оно может восприниматься как рекомендация законодателям принимать излишние исключения из принципа, отраженного в пунктах 26 и 27 (привилегированные требования, выделение, справедливая субординация). Другое мнение заключалось в том, что данное примечание следует сохранить при условии включения в него пояснения, согласно которому указанные в примечании исключения предусматриваются лишь в некоторых странах. Еще одно мнение заключалось в том, что данные исключения представляют собой примеры и их следует сохранить в нынешнем виде. После обсуждения было решено, что текст примечания необходимо сохранить, однако пересмотреть, с тем чтобы пояснить, что любые указанные исключения являются примерами подходов, используемых в некоторых странах, и что их принятие могло бы оказывать неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов.

19. В связи с пунктом 28 было решено, что принцип, согласно которому расходы на управление имущественной массой не должны получать приоритета по сравнению с требованиями обеспеченных кредиторов, следует изложить более ясно. Было также решено, что необходимо уточнить исключение из этого принципа (расходы на обслуживание обремененных активов).

H. Финансирование после открытия производства (пункты 29–35)

20. В отношении пункта 29 было решено, что в нем следует разъяснить, что финансирование после открытия производства должно рассматриваться как один из вариантов только в том случае, когда оно является надлежащим.

I. Реорганизационная процедура (пункты 36–41)

21. В отношении вопроса о защите экономической стоимости обеспечительного права, рассматриваемого в пункте 39, было решено, что такая стоимость должна быть не меньше, чем стоимость обеспечительного права в случае ликвидационной процедуры.

J. Ускоренная реорганизационная процедура (пункты 42–45)

22. Содержание пунктов 42–45 было сочтено в целом приемлемым.

K. Резюме и рекомендации (пункты 46–53)

23. Было решено, что текст пунктов 46–53 следует пересмотреть с целью отразить вышеупомянутые решения рабочих групп. В частности, в отношении соглашений об удержании правового титула было подтверждено, что в зависимости от того, должны ли они рассматриваться в качестве обеспечительных прав или нет (причем этот вопрос является вопросом законодательства об обеспеченных сделках, урегулированным в других главах проекта руководства по обеспеченным сделкам), либо активы, либо цена, выплаченная покупателем, будут частью имущественной массы (см. пункт 12).

G. Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

(A/CN.9/534) [Подлинный текст на английском языке]

Записка Секретариата

1. В настоящей записке излагается структура проекта руководства для законодательных органов, содержащегося в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1–17. В содержании отражается круг вопросов, рассматриваемых в проекте руководства для законодательных органов, и его соответствие мандату, установленному для Рабочей группы. При подготовке окончательной структуры необходимо будет внести определенные изменения в нумерацию глав и рекомендаций; включить существующую главу IV.D "Институциональные основы" в часть первую в качестве одной из начальных глав; а также перенести добавление 17, если Рабочая группа рекомендует сохранить в руководстве для законодательных органов материал по вопросам применимого права, регулирующего производство по делу о несостоятельности.

Содержание

Часть первая. Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности

Введение и глоссарий (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1)

I. ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ О ПРОЦЕДУРАХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.2)

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

1. Максимальное повышение стоимости активов
2. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией
3. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении
4. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности
5. Предотвращение преждевременного расчленения активов должника
6. Установление прозрачной и предсказуемой процедуры, стимулирующей сбор и распространение информации
7. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований
8. Создание основ для трансграничной несостоятельности

B. Установление баланса между ключевыми целями

C. Общие черты режима несостоятельности

II. ВИДЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Ликвидация

B. Реорганизация

1. Официальное реорганизационное производство
2. Неофициальное реорганизационное производство
   - *a)* Необходимые предварительные условия
   - *b)* Основные процедуры
   - *c)* Правила и рекомендации, касающиеся неофициальной реорганизации
3. Реорганизационные процедуры, которые включают как неофициальные, так и официальные элементы

C. Административные процедуры

D. Структура режима несостоятельности

Часть вторая. Ключевые положения эффективного и действенного режима несостоятельности

II. ПОДАЧА ЗАЯВЛЕНИЯ И ОТКРЫТИЕ ПРОИЗВОДСТВА[1]

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, охватываемых законодательством о несостоятельности
   - *a)* Должники: физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью
   - *b)* Государственные предприятия
   - *c)* Должники, требующие особого режима
2. Юрисдикция
   - *a)* Центр основных интересов
   - *b)* Предприятия
   - *c)* Наличие активов

Рекомендации 11–16

B. Критерии подачи заявления и открытия производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

1. Введение
2. Критерии подачи заявления
   - *a)* Стандарт ликвидности или движение наличности
   - *b)* Балансовый стандарт
   - *c)* Разработка стандарта открытия производства

[1] В результате изменения нумерации глав руководства в последнем пересмотренном варианте в Части второй отсутствует глава I; в окончательном варианте руководства глава "Подача заявления и открытие производства" будет главой I Части второй.

3. Ликвидация
   a) Стороны, которые могут подать заявление
   b) Подача заявления должником
   c) Подача заявления кредитором
   d) Подача заявления государственным органом
4. Реорганизация
   a) Подача заявления должником
   b) Подача заявления кредитором
5. Процедурные вопросы
   a) Начало процедур
   b) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности
   c) Установление срока для вынесения решения об открытии производства
   d) Отказ в удовлетворении заявления об открытии производства
   e) Уведомление об открытии производства
   f) Имущественная масса, не имеющая активов
6. Издержки, связанные с производством по делу о несостоятельности

Рекомендации 17–26

III. РЕЖИМ АКТИВОВ ПРИ ОТКРЫТИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

A. Затрагиваемые активы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

1. Введение
2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности
   a) Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности
   b) Активы, обремененные обеспечением
   c) Активы, находящиеся в совместной собственности
   d) Активы, принадлежащие третьим сторонам
   e) Момент образования имущественной массы
3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности
   a) Исключения общего характера
   b) Иностранные активы
   c) Случаи, когда должником является физическое лицо
4. Возвращенные активы
   a) Производство с целью расторжения сделки
   b) Несанкционированные сделки

Рекомендации 27–29

B. Защита и сохранение имущественной массы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

1. Введение
2. Защита имущественной массы путем применения моратория
3. Сфера применения моратория
   a) Действия, к которым будет применяться мораторий
   b) Обеспеченные кредиторы
4. Процессуальные вопросы
   a) Дискреционное или автоматическое введение моратория
   b) Момент введения моратория

c) Срок действия моратория

d) Продление срока действия моратория

e) Защита от моратория

5. Защита обеспеченных кредиторов

6. Ограничения на распоряжение активами должником

Рекомендации 30–42

C. Использование активов и распоряжение ими (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

1. Введение

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

a) Методы продажи

b) Продажа активов, обремененных обеспечением

c) Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи свободно от интересов

d) Активы, находящиеся в совместной собственности

e) Обременительные, не имеющие ценности и трудно реализуемые активы

f) Возвращение активов, обремененных обеспечением

g) Дебиторская задолженность

3. Активы, принадлежащие третьим сторонам

Рекомендации 43–51

D. Режим в отношении контрактов (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

1. Введение

2. Продолжение исполнения

a) Оговорки об автоматическом прекращении контракта

b) Порядок продолжения исполнения контрактов

c) Продолжение исполнения контрактов, когда неисполнившей стороной является должник

d) Требования, возникающие в связи с продолжением исполнения контрактов

e) Поправка к контрактам, исполнение которых продолжается

f) Исключения из полномочий продолжать исполнение контрактов

3. Отказ от исполнения

a) Процедура отказа от исполнения

b) Последствия отказа от исполнения для контрагента

c) Исключения из полномочий на отказ от исполнения контракта

4. Договоры аренды

5. Уступка

6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов

7. Контракты после открытия производства по делу о несостоятельности

Рекомендации 52–68

E. Процедура расторжения сделок (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

1. Введение

2. Критерии расторжения сделок

3. Категории сделок, подлежащих расторжению

a) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям

b) Сделки по заниженной стоимости

c) Преференциальные сделки

d) Обеспечительные интересы

e) Сделки с лицами, связанными с должником

f) Расторгаемые сделки или сделки, подлежащие расторжению

4. Сделки, не подпадающие под действия по расторжению сделок
5. Установление "подозрительного" периода
6. Начало применения процедуры расторжений сделок
   a) Стороны, которые могут начинать применение таких процедур
   b) Финансирование процедуры расторжения сделок
   c) Предельные сроки возбуждения процедуры
   d) Вопросы доказывания
7. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам
8. Контракты, заключенные после подачи заявления и открытия производства

Рекомендации 69–81

F. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

1. Общее право на зачет
2. Взаимозачет и зачет в контексте финансовых сделок
3. Исключения или "выделение", касающиеся финансовых контрактов

Рекомендации 82–88

IV. УЧАСТНИКИ И УЧРЕЖДЕНИЯ

A. Должник (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

1. Введение
2. Продолжение функционирования предприятия должника
   a) Ликвидация
   b) Реорганизация
3. Права должника
4. Обязательства должника
   a) Сотрудничество и помощь
   b) Предоставление информации
   c) Конфиденциальность
   d) Вспомогательные обязательства
   e) Привлечение специалиста для оказания помощи должнику
   f) Неисполнение обязательств
5. Ответственность должника
6. Право на обжалование и апелляцию (из документа A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.16)

Рекомендации 89–95

B. Управляющий в деле о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

1. Введение
2. Квалификационные требования
3. Выбор и назначение
4. Обязанности и функции

5. Конфиденциальность
6. Вознаграждение
   a) Определение размеров вознаграждения
   b) Средства платежа
   c) Пересмотр вознаграждения
7. Обязанность проявлять осмотрительность (ответственность)
8. Агенты управляющего в деле о несостоятельности
9. Отстранение
10. Замена

Рекомендации 96–105

C. Кредиторы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

1. Категории кредиторов
2. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности
   a) Введение
   b) Степень участия кредиторов в процессе принятия решений
   c) Общий орган кредиторов
   d) Комитет кредиторов
   e) Голосование кредиторов
   f) Разрешение споров между общим органом кредиторов и комитетом кредиторов
   g) Конфиденциальность
3. Право на обжалование и апелляцию (из документа A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.16)

Рекомендации 106–120

D. Институциональные основы (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

V. РЕОРГАНИЗАЦИЯ (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.12)

A. План реорганизации

1. Введение
2. Характер и форма плана
3. Подготовка плана
   a) Сроки подготовки
   b) Стороны, способные [уполномоченные] подготовить план
   c) Сроки для подготовки плана
4. План
   a) Содержание плана
   b) Информация, которая должна сопровождать план
5. Принятие плана
   a) Процедура принятия
   b) Принятие плана обеспеченными и приоритетными кредиторами
   c) Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами
   d) Принятие плана акционерами
   e) Кредиторы, связанные с должником
   f) Большинство голосов, требуемое для принятия плана

6. Случаи, когда план представляется кредиторам для принятия, однако не принимается
   a) Изменение плана
   b) Преобразование процедур
7. Придание плану обязательной силы в отношении несогласных кредиторов
8. Утверждение плана судом
   a) Возражение против принятия плана
   b) Действия, требуемые в связи с утверждением плана судом
9. Последствия плана
10. Оспаривание плана после его утверждения
11. Изменение плана после принятия кредиторами (и утверждения судом)
12. Осуществление плана
13. Случаи срыва осуществления плана
14. Преобразование в ликвидацию

Рекомендации 121–138

B. Упрощенное реорганизационное производство

1. Введение
2. Внесудебная реорганизация
   a) Кредиторы, обычно участвующие в процедурах
   b) Препятствия для достижения консенсуса
3. Процедуры для признания плана реорганизации, подготовленного и согласованного вне суда
   a) Должники, которые могут воспользоваться такими процедурами
   b) Затрагиваемые обязательства
   c) Применение законодательства о несостоятельности
   d) Упрощение процедур

Рекомендации 139–145

VI. ВЕДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА

A. Режим требований кредиторов (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13)

1. Введение
2. Представление требований кредиторов
   a) Кредиторы, которые, возможно, должны представлять требования
   b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены
   c) Процедура представления требований
   d) Непредставление требований
3. Процедура проверки и признания
   a) Список представленных требований
   b) Процедуры проверки и признания
   c) Оспариваемые требования
   d) Последствия признания требования
   e) Зачет взаимных требований
   f) Требования, для которых обязателен специальный режим

Рекомендации 146–160

B. Финансирование после открытия производства (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

1. Необходимость в финансировании после открытия производства
2. Источники финансирования после открытия производства
3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета

Рекомендации 161–165

C. Приоритеты и распределение (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

1. Приоритеты
   - *a)* Обеспеченные кредиторы
   - *b)* Административные требования
   - *c)* Приоритетные или преимущественные требования
   - *d)* Обычные необеспеченные кредиторы
   - *e)* Собственники и акционеры
   - *f)* Лица, связанные с должником
   - *g)* Штрафы, пени и процент после открытия производства
2. Распределение

Рекомендации 166–171

D. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

1. Введение
2. Ответственность группы за внешние долги
3. Внутригрупповые долги

VII. ИТОГИ ПРОИЗВОДСТВА (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.15)

A. Освобождение от обязательств

1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации
2. Освобождение от ответственности за долги и требования при реорганизации

Рекомендации 172–173

B. Завершение производства

1. Ликвидация
2. Реорганизация

Рекомендации 174–175

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

III. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА

A. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать седьмой сессии

(Вена, 7–11 октября 2002 года) (A/CN.9/523) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	ВВЕДЕНИЕ	1–13
II.	ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	14
III.	ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ	15–76
	A. Общие замечания в отношении обеспечительных мер на основе ex parte	16–27
	B. Пункт 4 *a)*	28–33
	C. Пункт 1	34
	D. Пункт 2	35–38
	E. Пункт 3	39–44
	F. Пункт 5	45–48
	G. Пункт 6	49
	H. Пункт 7	50–52
	I. Пункт 4 *a)* (продолжение)	53–72
	J. Пункт 4 *b)*	73
	K. Пункт 4 *c)*	74–75
	L. Пункт 4 *d)*	76
IV.	ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ СУДАМИ	77
V.	ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР	78–80

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 пришла в целом к выводу, что настало время оценить обширный и позитивный опыт принятия на национальном уровне Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) и использования Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, а также 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 по арбитражу, 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. Комиссии на ее тридцать третьей сессии в 2000 году 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 судов 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

[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.

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 "онлайн" (т. е. таких арбитражных разбирательств, когда значительная часть арбитражных процедур или даже все такие процедуры осуществляются с использованием электронных средств 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, 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, проведенной 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 тому 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.

5. На своей тридцать пятой сессии, проходившей в Нью-Йорке 17–28 июня 2002 года, Комиссия 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. На этой же сессии Комиссия приняла также Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре.

6. 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 (пункт 83), будет рассмотрен Рабочей группой на ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/508, пункт 16).

7. В состав Рабочей группы входят все государства – члены Комиссии, а именно:

Австрия, Аргентина, Бенин, Бразилия, Буркина-Фасо, бывшая югославская Республика Македония, Венгрия, Германия, Гондурас, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Канада, Кения, Китай, Колумбия, Литва, Марокко, Мексика, Парагвай, Российская Федерация, Руанда, Румыния, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Судан, Сьерра-Леоне, Таиланд, Уганда, Фиджи, Франция, Швеция и Япония.

8. В работе тридцать седьмой сессии Рабочей группы принимали участие представители следующих государств-членов: Австрии, Аргентины, Бразилии, Венгрии, Германии, Индии, Испании, Италии, Камеруна, Канады, Китая, Колумбии, Литвы, Мексики, Российской Федерации, Руанды, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Франции, Швеции и Японии.

9. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Венесуэлы, Греции, Дании, Индонезии, Ирландии, Йемена, Катара, Ливана, Перу, Польши, Республики Корея, Словакии, Словении, Турции, Украины, Филиппин, Финляндии, Хорватии, Чешской Республики, Швейцарии и Эквадора.

10. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

a) Межправительственные организации: Гаагская конференция по частному международному праву, Лига арабских государств, Консультативный комитет по статье 2022 НАФТА и Постоянная палата третейского суда;

b) Неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Американская арбитражная ассоциация, Каирский региональный центр по международному коммерческому арбитражу, Центр по арбитражу и экспертизе Руанды, Высший институт арбитров, Глобальный исследовательский центр по урегулированию споров, Международная торговая палата (МТП), Международный совет по торговому арбитражу (МСТА), Институт международного права (ИМП), Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА), Ассоциация участников учебных разбирательств и Лагосский региональный центр по международному коммерческому арбитражу.

11. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария АБАСКАЛЬ САМОРА (Мексика)

Докладчик: г-н Прем Кумар МАЛЬХОТРА (Индия)

12. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы:

a) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.120);

b) записка Секретариата: подготовка единообразных положений об обеспечительных мерах (A/CN.9/WG.II/WP.119);

c) предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.II/WP.119).

[6] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 396.

13. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.
2. Утверждение повестки дня.
3. Подготовка согласованных текстов об обеспечительных мерах.
4. Прочие вопросы.
5. Утверждение доклада.

II. ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

14. Рабочая группа обсудила пункт 3 повестки дня на основе предложения Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.II/WP.121) и документа, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.119). Итоги обсуждений и выводы Рабочей группы по этому пункту отражены в главе III, ниже.

III. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ

15. Рабочая группа отметила, что на своей тридцать шестой сессии она приступила к обсуждению полномочий суда или третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/508, пункт 51), и рассмотрела проект текста для пересмотра статьи 17 Типового закона о международном торговом арбитраже (A/CN.9/WG.II/WP.119). Ввиду нехватки времени Рабочая группа не завершила на этой сессии свою работу по вопросу об обеспечительных мерах, предписываемых третейским судом. Было принято решение, что Рабочая группа продолжит свою работу на основе предложения, представленного Соединенными Штатами Америки (A/CN.9/WG.II/WP.121), в котором содержится пересмотренный вариант проекта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (Типовой закон), принимая также во внимание проект текста, который был подготовлен ранее и содержится в документе A/CN.9/508, и документ A/CN.9/WG.II/WP.119. Рабочая группа рассмотрела следующий предлагаемый текст (A/CN.9/WG.II/WP.21, именуемый в настоящем докладе "предложением"):

"1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, распорядиться о принятии другой стороной обеспечительных мер.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, отражена ли она в каком-либо обеспечительном решении 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 в целях обеспечения или повышения эффективности окончательного 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 окончательного решения;

c) предоставить обеспечение в отношении исполнения окончательного решения, включая решение о погашении расходов; или

d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально-правовое значение для урегулирования спора.

3) Третейский суд может предписать обеспечительную меру, если запрашивающая сторона продемонстрировала, что:

a) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

b) будет причинен непоправимый вред, если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который будет причинен стороне, выступающей против принятия такой меры, если такая мера будет предписана; и

c) существует значительная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора.

4) *a)* Третейский суд может предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения, если в дополнение к выполнению требований пункта 3 запрашивающая сторона доказывает, что необходимо действовать таким образом, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры.

b) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней, 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, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения.

c) За исключением случаев, когда третейский суд определяет в соответствии с пунктом 4 *a)*, что необходимо действовать без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, этой стороне направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной как можно скорее.

d) [Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд обо всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть имеющими отношение к делу и имеющими существенное значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]

5) Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

6) Запрашивающая сторона с момента представления просьбы незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых эта сторона запрашивала или арбитражный суд предписал обеспечительную меру.

7) Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру".

A. Общие замечания в отношении обеспечительных мер на основе ex parte

16. Рабочей группе было предложено сосредоточить внимание на наиболее спорном вопросе, касающемся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры ex parte, как это предусмотрено в пункте 4 представленного предложения.

17. Рабочая группа отметила, что на ее тридцать шестой сессии были высказаны различные мнения по вопросу о том, следует ли, с точки зрения общей политики, предусматривать в пересмотренном варианте Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже возможность предписывания обеспечительных мер ex parte третейским судом (A/CN.9/508, пункты 77–94). Рабочая группа отметила, что ряд делегаций высказали мнение, что такие полномочия следует предусмотреть только для государственных судов. Это мнение было высказано вновь. По мнению других делегаций, такие полномочия должны быть предоставлены третейским судам при условии, что решение ex parte будет применяться только в течение ограниченного срока. Другие делегации высказали мнение, что с учетом потенциально возможных отрицательных последствий решений ex parte для затрагиваемой стороны предоставление третейскому суду полномочий выносить такое решение может быть приемлемо, если будут установлены жесткие условия, с тем чтобы исключить злоупотребление подобными полномочиями. Широкую поддержку получило мнение, что, даже если меры ex parte будут в конечном счете предусмотрены в пересмотренном варианте статьи 17 Типового закона, их не следует формулировать таким образом, чтобы создавалось впечатление, что меры ex parte следует применять только в исключительных обстоятельствах.

18. Рабочая группа заслушала сообщение об истории подготовки и содержании данного предложения. Было указано, что данное предложение основано на подходе, в соответствии с которым третейскому суду следует предоставить полномочия предписывать обеспечительные меры ex parte на временной основе и на ограниченный срок. Было указано, что существует по меньшей мере две ситуации, когда вынесение третейским судом постановления об обеспечительных мерах на основе ex parte представляется оправданным, несмотря на основополагающий принцип надлежащего процесса и равенства сторон в ходе арбитражного разбирательства. Первая такая ситуация возникает, когда сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительных мер в том случае, когда они срочно требуются, выражает готовность направить уведомление другой стороне, однако по практическим соображениям еще не смогла фактически дать такое уведомление. Вторая и более сложная ситуация возникает в том случае, если сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительных мер, утверждает, что необходимо воздержаться от направления уведомления, с тем чтобы обеспечить эффективность обеспечительных мер или лишить другую сторону возможности воспрепятствовать принятию таких мер. Прежде всего, как утверждалось, необходимо решить основополагающий принципиальный вопрос о том, следует ли предоставлять полномочия предписывать обеспечительные меры на основе ex parte не только судам, но также третейским судам.

19. В поддержку предоставления таких полномочий третейским судам было указано, что если Рабочая группа решит, что полномочия предписывать обеспечительные меры в целом являются неотъемлемым элементом способности третейского суда регулировать споры, то это неизбежно будет означать, что третейский суд должен обладать правом предписывать такие меры по своему усмотрению на основе ex parte, когда этого требуют обстоятельства. Было высказано мнение, что основным аргументом против предоставления таких полномочий является беспокойство в отношении возможных злоупотреблений подобными полномочиями. Отмечалось, что такой риск злоупотребления возникает в любом случае, независимо от того, направляется ли ходатайство в отношении обеспечительных мер ex parte суду или третейскому суду. Признавалось, что положение о полномочиях предписывать обеспечительные меры ex parte необходимо будет применять с учетом положений о приведении в исполнение, которые еще не рассматривались Рабочей группой. Поскольку указанный в предложении режим приведения в исполнение принятых решений предусматривает право национального суда рассматривать обстоятельства вынесения постановления ex parte, в некоторых случаях заинтересованной стороне необходимо будет ввести в заблуждение не только третейский суд, но также суд общей юрисдикции, для того чтобы имело место злоупотребление обеспечительной мерой. Было указано, что подобный риск снижается в результате того, что потенциально возможный надзор со стороны национального суда обеспечивает надлежащие и эффективные средства предупреждения злоупотреблений. Кроме того, было указано, что постановление третейского суда не оказывает непосредственного воздействия на третьи стороны и что сторону, ходатайствующую о принятии обеспечительных мер, можно обязать предоставить обеспечение в качестве гарантии возмещения ущерба стороне, в отношении которой предписывается такая мера. Было указано, что имеются некоторые, хотя и неподтвержденные данные о том, что в некоторых государствах судебная система предусматривает возможность предоставления третейским судам полномочий в отношении принятия обеспечительных мер. Тем не менее отмечалось, что в некоторых правовых системах обеспечительная мера, предписанная на основе ex parte, рассматривается в качестве процессуального решения, которое не может быть приведено в исполнение государственными судами.

20. Было дано конкретное разъяснение в отношении того, что общие полномочия предписывать обеспечительные меры ex parte, предусмотренные в пункте 4 *a)* представленного предложения, предполагают определенные гарантии для предупреждения возможного злоупотребления. В пункте 4 *b)* предусматривается, что обеспечительные меры ex parte будут действовать только в течение максимального срока продолжительности в 20 дней, а в пункте 4 *c)* указывается, что другой стороне должно быть направлено уведомление о принятии меры и предоставлена возможность быть заслушанной как можно скорее. Кроме того, в пункте 4 *d)* устанавливается обязательство стороны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры, информировать третейский суд обо всех обстоятельствах, которые имеют отношение к делу и имеют существенное значение для принятия решений.

21. В отношении представленного предложения были высказаны различные оговорки. Во-первых, было указано, что такие полномочия могут противоречить основополагающему принципу соглашения сторон, на котором основывается арбитражное разбирательство. Было высказано мнение, что предоставление третейскому суду полномочий предписывать обеспечительные меры ex parte противоречит самому принципу арбитражного разбирательства, ко-

торое основано на консенсусе двух сторон, согласно которому одному или более лицам предоставляется право урегулировать их спор. Было указано, что предоставление подобных полномочий третейскому суду будет противоречить ожиданиям сторон в отношении того, что арбитражное разбирательство основывается на принципе равенства сторон и что полномочия третейского суда ограничены. В связи с этим указывалось, что консенсус, достигнутый между сторонами, и доверие к арбитрам являются основополагающими принципами арбитражного разбирательства в качестве метода урегулирования спора. Исходя из этого, как указывалось, любые параллели между национальными судами и частными третейскими судами являются неуместными в контексте обеспечительных мер ex parte. Было указано, что в первоначальном проекте текста указывалось на "вероятность того, что лицо, запрашивающее такую меру, добьется успеха в отношении существа основного дела" (A/CN.9/508, пункт 51), в то время как в пункте 3 *c)* предложения говорится о том, что существует "значительная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора" (A/CN.9/WG.II/WP.121). Было высказано мнение, что первоначальный проект может быть истолкован как предлагающий третейскому суду выносить решения по существу дела до его рассмотрения и что формулировка, содержащаяся в новом предложении, повышает такой риск. Указывалось, что это может подорвать доверие к арбитражному разбирательству и создать ложное представление в отношении непредвзятости третейского суда. Было предложено исключить пункт 3 *c),* для того чтобы избежать возникновения такой проблемы. Были выражены противоположные мнения, и против такого исключения были высказаны возражения на том основании, что подобное требование обычно предусматривается в действующем законодательстве по вопросам предписания обеспечительных мер ex parte государственными судами, а также обеспечивает дополнительную гарантию.

22. Было высказано мнение, что полномочия третейского суда предписывать обеспечительные меры ex parte должны применяться только в том случае, если стороны прямо договорились о таком применении, например в арбитражном соглашении, на основе арбитражного регламента или на основе определения национального законодательства, регулирующего арбитражное разбирательство. Это предложение получило определенную поддержку. Тем не менее было указано, что на предыдущей сессии Рабочей группы аналогичное предложение было отклонено на том основании, что "невозможно представить, чтобы стороны достигли согласия в отношении такой процессуальной нормы либо до, либо после возникновения спора" (A/CN.9/508, пункт 78). Было указано, что, возможно, будет трудно добиться такого прямого согласия, особенно в том случае, когда одной из сторон арбитражного разбирательства выступает государство или государственная организация. Тем не менее было указано, что государство, выступающее стороной сделки с какой-либо частной стороной, возможно, пожелает обладать правом ходатайствовать о принятии обеспечительных мер. В качестве альтернативы мнению, что обеспечительные меры ex parte должны допускаться только в том случае, если стороны прямо договорились об этом, некоторые делегации высказали мнение, что полномочия предписывать такие меры могут быть предоставлены при том условии, что стороны будут иметь право отказываться от договоренности. В связи с этим было предложено разъяснить, что пункт 1 представленного предложения, в котором предусматривается, что обеспечительные меры могут предписываться, если стороны не договорились об ином, должен также применяться в отношении полномочий предписывать обеспечительные меры ex parte в проекте пункта 4.

23. Были высказаны дополнительные замечания в отношении целесообразности предоставления частному третейскому суду полномочий распоряжаться о принятии обеспечительных мер ex parte. Было указано, что определение надлежащих гарантий против злоупотреблений является сложным вопросом, для решения которого может потребоваться несколько лет. В связи с этим было указано, что в представленном предложении не предусматривается, чтобы сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительных мер ex parte, систематически брала на себя встречное обязательство выплачивать компенсацию другой стороне в том случае, если мера ex parte будет сочтена необоснованной. Было указано, что в таких обстоятельствах в некоторых правовых системах должно предусматриваться право стороны требовать компенсации от арбитра, который распорядился о принятии такой меры. Было указано, что этот вопрос выходит за рамки арбитражного законодательства. Второе замечание заключалось в том, что в представленном предложении четко не указано, будет ли вопрос о компенсации за ущерб рассматриваться в рамках арбитражного разбирательства тем же третейским судом. Третье замечание состояло в том, что в представленном предложении не признается возможность того, что мера ex parte может затрагивать третьи стороны, которые не выступают сторонами арбитражного разбирательства.

24. В поддержку предложения предоставить третейским судам полномочия предписывать обеспечительные меры на основе ex parte указывалось, что предоставление таких полномочий является существенным вкладом в развитие международного арбитража, который повысит его эффективность в качестве метода урегулирования споров. Было указано, что, хотя традиционно право предписывать обеспечительные меры ex parte предоставляется только национальным судам, в законодательстве ряда стран отмечается тенденция к тому, чтобы предоставлять подобные полномочия третейским судам. В дополнение к гарантиям, которые уже предусмотрены в представленном предложении, было предложено предусмотреть обязательное требование о том, чтобы сторона, ходатайствующая о принятии постановления ex parte, предоставляла обеспечение для покрытия возможного ущерба в результате принятия такой меры. Было также предложено установить отдельное обязательство для стороны, ходатайствующей о принятии мер ex parte, обеспечивать компенсацию, если впоследствии будет установлено, что такая мера являлась неоправданной.

25. Широкую поддержку получило мнение, что положения об обеспечительных мерах ex parte могут быть включены только в статью 17, если будут обеспечены надлежащие гарантии. Обсуждения были продолжены на этой основе. Некоторые делегации указали, что представленное предложение может стать приемлемым, если уточнить предусмотренные в нем гарантии, например предусмотрев возможность незамедлительного рассмотрения данного вопроса третейским судом на основе inter partes, как только другая сторона представит какое-либо возражение. В связи с этим были высказаны возражения против установления общего предельного срока в 20 дней. Было указано, что подобное положение может быть истолковано не как внешнее ограничение, а как правило в отношении продолжительности действия меры ex parte, и что в ком-

мерческой практике 20 дней могут оказаться необоснованно обременительным сроком или что в некоторых правовых системах 20 дней не обеспечивают достаточного времени для представления дела в национальный суд. Было высказано мнение, что более удачным подходом могло бы быть указание на то, что мера ex parte должна применяться только в течение ограниченного срока с учетом обстоятельств дела. Тем не менее было указано, что простое указание на разумный срок может оказаться слишком расплывчатым. Было предложено разъяснить в этом положении, что сторона, затрагиваемая мерой ex parte, не обязана ожидать 20 дней, прежде чем она сможет оспорить такую меру, и что такие возражения могут быть заслушаны в любой момент после вынесения решения о принятии такой меры. Кроме того, было высказано мнение, что третейский суд, распорядившийся о принятии данной меры, должен нести обязательство заслушать сторону, оспаривающую данную меру, без каких-либо задержек, например в течение 48 часов после представления таких возражений.

26. В ответ на высказанные замечания было указано, что проект текста может быть пересмотрен, с тем чтобы подтвердить, что обеспечительные меры ex parte могут быть предписаны только в том случае, если стороны не договорились об ином. Отмечалось также, что ссылка в предлагаемом проекте пункта 3 *c)* на "значительную возможность" успеха в отношении существа спора предназначена для того, чтобы обеспечить более нейтральную формулировку по сравнению с первоначальной ссылкой на "значительную вероятность", с тем чтобы исключить риск возникновения у третейского суда впечатления, что ему предлагается вынести решение по существу дела при рассмотрении вопроса о мерах ex parte. Было решено, что, хотя данную формулировку следует пересмотреть, с тем чтобы более решительно воспрепятствовать вынесению решения по существу дела до его рассмотрения, третейскому суду, тем не менее, необходимо будет провести определенный анализ существа спора для установления необходимости принятия обеспечительных мер ex parte.

27. В Рабочей группе было достигнуто широкое согласие по вопросу о том, что усиление и расширение гарантий, возможно, повысит приемлемость положения об обеспечительных мерах ex parte. В связи с этим было указано, что при представлении ходатайства о принятии мер ex parte должны быть выполнены дополнительные условия, помимо условий, перечисленных в пункте 3.

B. Пункт 4 *a)*

28. После этого Рабочая группа приступила к подробному обсуждению пункта 4 *a)*. Хотя ряд делегаций попрежнему выступали против предоставления третейским судам полномочий предписывать обеспечительные меры ex parte, Рабочая группа, тем не менее, решила продолжить рассмотрение представленного предложения. Кроме того, был поднят вопрос о статусе представленного предложения, поскольку Рабочая группа рассматривала на своей тридцать шестой сессии пересмотренный текст по этому вопросу, который в некоторых случаях существенно отличался от рассматриваемого предложения. Рабочая группа приняла к сведению эти вопросы, однако было указано на целесообразность подробного рассмотрения представленного предложения, для того чтобы сформулировать мнения по вопросу о мерах ex parte. Рабочая группа была информирована о том, что цель представленного предложения заключается в том, чтобы учесть мнения, высказанные на ее тридцать шестой сессии.

29. В связи с пунктом 4 *a)* было поднято три вопроса. Во-первых, вопрос о том, каким образом стороны могут полностью избежать применения пункта 4 на основе положения о применении или неприменении. Во-вторых, вопрос о том, должны ли требования, предусмотренные в проекте пункта 3 представленного предложения, применяться также в случае мер ex parte. Было высказано мнение, что каждое условие, наличие которого требуется продемонстрировать в отношении обеспечительных мер в inter partes, подлежит выполнению также и в случае мер ex parte. Было, например, высказано мнение, что предусмотренное в пункте 3 *c)* требование относительно существования "значительной возможности успеха в отношении существа спора" означает вынесение решения по существу спора до его рассмотрения и поэтому не должно являться условием для принятия меры ex parte. В ответ было указано, что цель пункта 3 *c)* заключалась в том, чтобы установить "пороговое" требование в отношении принятия обеспечительных мер, и что любой риск, связанный с вынесением решения по существу дела до его рассмотрения, можно исключить в результате изменения формулировки, например путем использования формулировки, касающейся дела prima facie. Было также высказано мнение, что требование в отношении существования безотлагательной необходимости, установленное в пункте 3 *a)* представленного предложения, не является необходимым в качестве общего условия принятия обеспечительных мер inter partes, однако оно является обязательным требованием в отношении мер ex parte, если в результате такой настоятельной необходимости направление уведомления другой стороне оказывается практически невозможным. Это предложение получило широкую поддержку.

30. Третий вопрос, поднятый в связи с пунктом 4 *a)*, заключается в том, какие дополнительные требования необходимы в случае ходатайства о принятии мер ex parte. В дополнение к условиям, перечисленным в пункте 3 *c)* в отношении обеспечительных мер inter partes, было предложено предусмотреть пять дополнительных условий в отношении мер ex parte. Во-первых, следует установить обязательное требование о том, что сторона, ходатайствующая о принятии таких мер, должна предоставить обеспечение в отношении выплаты компенсации другой стороне в том случае, если обеспечительная мера впоследствии будет сочтена неоправданной. Во-вторых, следует установить на основе объективной ответственности обязательство выплачивать компенсацию стороне, в отношении которой принимается неправомерно предписанная мера, за ущерб, причиненный в результате такой меры. В связи со вторым предложенным условием было указано на важное значение того, чтобы вопрос об ответственности решался в рамках арбитражного разбирательства тем же третейским судом, который предписал первоначальную меру. Отмечалось, что одна из проблем, которая может возникнуть в связи с этим вторым предлагаемым условием, заключается в том, будет ли третейский суд обладать соответствующей юрисдикцией для решения вопроса о компенсации за ущерб в результате принятия меры ex parte, особенно в том случае, если такие полномочия не предусмотрены в общем арбитражном соглашении, или в том случае, если арбитражное соглашение не является достаточно подробным. Третье предлагаемое условие состоит в том, что сторона, ходатайствующая о принятии мер ex parte, должна продемонстрировать отсутствие каких-либо других средств правовой защиты и что данное

средство правовой защиты является единственно возможным. Четвертое предложение, хотя оно и не предусматривало установления какого-либо конкретного условия, заключалось в том, чтобы начать пункт 4 *a)* со слов "в исключительных обстоятельствах", с тем чтобы подчеркнуть исключительный характер мер ex parte. В заключение было указано также, что в случае мер ex parte должны применяться также принципы разумности и пропорциональности.

31. После обсуждения Рабочая группа решила подготовить пересмотренный текст с учетом мнений и замечаний, высказанных в Рабочей группе. Пересмотренный текст должен включать, в частности, положение, признающее свободу договора сторон и разрешающее им отказываться от соблюдения положения, предоставляющего третейскому суду полномочия предписывать обеспечительные меры ex parte. В пересмотренном тексте необходимо также признать, что условия, применимые в отношении мер inter partes и указанные в пункте 3 представленного предложения, должны применяться также в отношении мер ex parte, но что требование, установленное в пункте 3 *c)* в отношении "значительной возможности" успеха в отношении существа спора, следует значительно смягчить путем использования более нейтральной формулировки. Следует обеспечить в пересмотренном проекте обязательный характер требования, в соответствии с которым сторона, ходатайствующая о принятии мер, обязана предоставить обеспечение, а также предусмотреть объективную ответственность запрашивающей стороны за ущерб, наносимый другой стороне в результате неоправданной меры. Такая объективная ответственность должна устанавливаться решением того же третейского суда.

32. Ряд делегаций предложили подготовить пересмотренный проект пункта 4 *a)*. Рабочая группа решила приостановить рассмотрение пункта 4 до того, как можно будет рассмотреть такой новый проект пункта 4 *a)* (продолжение обсуждений см. пункты 53–69, ниже).

33. В отношении подпунктов *b)–d)* Рабочая группа приняла к сведению следующие предложения: 1) разъяснить в проекте положений, когда начинается течение срока в 20 дней; 2) упомянуть в положениях, касающихся мер ex parte, что сторона, ходатайствующая о принятии мер, постоянно несет обязательство представлять полную и откровенную информацию третейскому суду; 3) предоставить другой стороне возможность оспаривать принятую меру в течение непродолжительного срока, и 4) продолжить рассмотрение вопроса о возможности отмены принятой меры, если другая сторона предоставила надлежащее обеспечение.

C. Пункт 1

34. Было указано, что пересмотренная формулировка пункта 1, содержащаяся в документе A/CN.9/WG.II/WP.121, соответствует тексту, который ранее обсуждался Рабочей группой (A/CN.9/508, пункты 51–54). Рабочая группа сочла существо этого пересмотренного пункта в целом приемлемым. В порядке редакционного замечания было высказано мнение, что слова "распорядиться о принятии другой стороной обеспечительных мер" могут необоснованно ограничивать сферу применения этого положения. Было предложено заменить эти слова словами "предписать обеспечительные меры". Рабочая группа приняла к сведению это предложение.

D. Пункт 2

35. Было дано разъяснение в отношении того, что пересмотренная формулировка пункта 2, содержащаяся в документе A/CN.9/WG.II/WP.121, призвана отразить результаты обсуждений на предыдущей сессии Рабочей группы (A/CN.9/508, пункты 51 и 64–76).

36. Необходимость ссылки на "обеспечительное решение" была поставлена под сомнение, поскольку такая ссылка противоречит преобладавшему на предыдущей сессии Рабочей группы мнению относительно нецелесообразности определять такое решение как "частичное" или "обеспечительное" (см. A/CN.9/508, пункт 66). Были также выражены сомнения в отношении целесообразности использования понятия "отражения" обеспечительной меры в решении. Было предложено отдать предпочтение ранее рассмотренной Рабочей группой формулировке "обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме". Это предложение было в целом поддержано.

37. Основное внимание в ходе обсуждения было уделено подпункту *c)*. Было высказано мнение, что подпункт *c)*, хотя он и основан на подходе, который ранее применялся Рабочей группой ("мера, предусматривающая в предварительном порядке средства обеспечения или облегчения приведения решения в исполнение" – см. A/CN.9/508, пункт 74), существенно и, возможно, необоснованно расширяет сферу применения данного положения. Были, в частности, высказаны критические замечания в отношении ссылки на "решение о погашении расходов" на том основании, что она может быть неправильно истолкована как допускающая вынесение решения о предоставлении обеспечения в отношении расходов не только против истца или встречного истца, но также и в отношении ответчика, что будет противоречить установившимся правовым принципам в ряде стран. В ответ было указано, что просьба внести средства на покрытие издержек может быть направлена любой стороне, например в соответствии со статьей 41 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Тем не менее было вновь указано, что необходимо провести четкое разграничение между 1) вопросом о том, какая сторона будет в конечном счете покрывать издержки арбитражного разбирательства; 2) вопросом о том, какую сторону можно обязать внести средства на покрытие издержек, например в соответствии со статьей 41 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; и 3) вопросом о том, какая сторона должна предоставить гарантию покрытия издержек, например в соответствии со статьей 25.2 Арбитражного регламента Лондонского суда международного арбитража (Арбитражный регламент ЛСМА). Было указано, что, хотя обязательство вносить средства на покрытие издержек обычно возлагается на обе стороны, чтобы обеспечить третейскому суду надлежащие средства для проведения разбирательства, концепция обязательной гарантии покрытия издержек, как правило, ассоциируется с требованиями, которые представляются необоснованными. Обязательство в отношении предоставления такой гарантии может быть возложено только на истца и ни в коем случае не может возлагаться на ответчика, который не должен нести каких-либо обязательств в отношении предоставления гарантии только для того, чтобы представить свои возражения. Широкую поддержку получило мнение, что в этом положении не следует рассматривать в общем виде вопрос об издержках арбитражного разбирательства, а следует ограничиться только рассмотрением вопроса об обеспече-

нии исполнения решения. Значительную поддержку получило предложение исключить слова "включая решение о погашении расходов". Было указано, что в соответствии со статьей 38 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и различными другими положениями в арбитражном решении могут устанавливаться издержки. После обсуждения Рабочая группа решила заменить весь текст подпункта *c)* следующей формулировкой: "предоставить в предварительном порядке средства обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено арбитражное решение".

38. Перед завершением обсуждения было вновь указано, что на предыдущей сессии Рабочая группа решила, что следует со всей ясностью указать на то, что перечень обеспечительных мер, упомянутых в различных подпунктах, не предполагалось сделать исчерпывающим (A/CN.9/508, пункт 71). Было указано, что перечень, содержащийся в пересмотренном пункте 2, является исчерпывающим. В ответ было указано, что в пересмотренном пункте 2 уже более не содержится перечня отдельных обеспечительных мер, которые могут быть предписаны третейским судом. Вместо этого в пересмотренном положении упоминается "любая временная мера", что обеспечивает открытую формулировку. Кроме того, в этом положении перечислены различные цели, для которых может быть предписана обеспечительная мера. Если в пересмотренном перечне будут охвачены все такие цели, то не будет необходимости указывать на неисчерпывающий характер перечня. Хотя это разъяснение было в целом принято, Рабочая группа решила провести дополнительные консультации перед вынесением окончательного решения по вопросу о том, охватывает ли существующая формулировка все возможные основания для вынесения решения об обеспечительных мерах. Было решено продолжить обсуждение этого вопроса на одной из будущих сессий.

E. Пункт 3

39. Было указано, что цель пересмотренного пункта 3, содержащегося в документе A/CN.9/WG.II/WP.121, заключается в том, чтобы отразить результаты обсуждений на предыдущей сессии Рабочей группы (A/CN.9/508, пункты 51 и 55–58).

40. Было выражено беспокойство в связи с тем, что слово "продемонстрировала" в вводной формулировке этого пункта может означать весьма высокий стандарт доказывания. Отмечалось, что аналогичные обсуждения проводились на предыдущей сессии Рабочей группы и что наряду с глаголом "продемонстрировать" предлагались глаголы "показать", "доказать" и "установить", причем Рабочая группа не приняла в связи с этим какого-либо решения (A/CN.9/508, пункт 58). Рабочая группа постановила сохранить все эти глаголы в квадратных скобках и продолжить обсуждение на более позднем этапе.

41. Была выражена общая поддержка исключению подпункта *a)* из пункта 3 и переносу этого подпункта в пункт 4. Было решено, что безотлагательная необходимость принятия обеспечительной меры не должна являться общей характерной чертой обеспечительной меры, а должна рассматриваться в качестве одного из конкретных требований для предписания обеспечительной меры ex parte.

42. В отношении подпункта *b)* в порядке редакционного замечания было предложено заменить слова "стороне, выступающей против принятия такой меры" словами "стороне, которая затрагивается такой мерой". Еще одно редакционное замечание заключалось в том, чтобы заменить слова "и такой вред" словами "и подобный вред". Оба эти предложения получили общую поддержку. Было высказано мнение, что слова "непоправимый вред" могут породить путаницу в связи с использованием в подпункте *b)* пункта 2 слов "нынешнего или неизбежного будущего ущерба", и в результате возникнет опасность того, что критерии, установленные в пункте 3, могут быть истолкованы как относящиеся только к тем мерам, которые предписываются для целей подпункта *b)* пункта 2. Рабочая группа приняла к сведению это мнение.

43. В отношении пункта *c)* было высказано общее мнение, что слова "существует значительная вероятность" вполне могут породить неправильное толкование, в соответствии с которым третейский суд обязан выносить предварительное решение по существу спора. Было решено со всей ясностью указать, что решение, выносимое в соответствии с подпунктом *c),* должно представлять собой только решение в отношении серьезности дела без какого-либо ущерба для тех решений, которые третейский суд может вынести на более позднем этапе. Было высказано предложение, в соответствии с которым "пороговую" функцию такого положения лучше отражала бы формулировка примерно следующего содержания: "существуют разумные основания предполагать, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение по данному вопросу не будет наносить ущерба любому последующему решению третейского суда". Это предложение получило поддержку.

44. Секретариату было предложено принять во внимание вышеизложенные предложения, мнения и основания для беспокойства при подготовке нового проекта этого положения.

F. Пункт 5

45. В контексте обсуждения пункта 5 было высказано предложение в отношении структуры статьи. Было отмечено, что, поскольку пункты 5, 6 и 7 предназначены для применения в отношении обеспечительных мер в целом, а не только в отношении мер, которые могут быть предписаны ex parte согласно пункту 4, следует перенести пункты 5–7 и разместить их перед пунктом 4. Рабочая группа в целом пришла к выводу, что предлагаемое изменение структуры является оправданным.

46. С учетом получившего широкое признание мнения, что предоставление обеспечения в отношении мер ex parte должно быть обязательным, Рабочая группа обсудила связь между пунктами 5 и 4. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что пункт 5 в существующей формулировке может дать возможность уклониться от предоставления обязательного обеспечения согласно пункту 4, поскольку пункт 4 основывался на том представлении, что в отношении мер inter partes требование предоставления обеспечения должно выдвигаться по усмотрению третейского суда. Чтобы разрешить эту проблему, было предложено подчинить пункт 5 пункту 4. Предлагалось также объединить пункт 5 и соответствующее положение, предназначенное для включения в пункт 4. Рабочая группа приняла к сведению эти предложения.

47. Было высказано предложение, что в пункте 5 следует предусмотреть для стороны, в отношении которой вынесена обеспечительная мера (предписанная ex parte или inter partes), возможность отмены такой обеспечительной

меры в случае выплаты соответствующего встречного обеспечения. Было предложено включить в пункт 5 следующую формулировку: "Сторона, в отношении которой принимается обеспечительная мера, может в соответствующем случае предоставить эквивалентное обеспечение при условии, что эта замена не влечет за собой существенного изменения цели, с которой была предписана данная обеспечительная мера". Это предложение не получило достаточной поддержки в Рабочей группе. Рабочей группе напомнили, что пункт 7 наделяет третейский суд широкими полномочиями в любое время изменять или прекращать обеспечительную меру, и поэтому предложение о встречном обеспечении вполне может быть рассмотрено в рамках этого пункта.

48. Было предложено заменить формулировку "запрашивающая сторона" в проекте пункта 5 формулировкой "любая сторона" для обеспечения ее согласования с терминологией, используемой в статье 17 Типового закона. В ответ на это предложение было заявлено, что общий принцип должен заключаться в том, что у запрашивающей стороны следует требовать предоставления обеспечения в качестве условия предписания обеспечительной меры. Было предложено использовать формулировку "запрашивающая сторона или любая другая сторона, за исключением стороны, в отношении которой предписывается обеспечительная мера". Тем не менее было отмечено, что даже в случае использования формулировки "любая сторона" в тексте пункта 5 сохранится ссылка на обеспечение, предоставляемое "в качестве условия предписания обеспечительной меры", что устраняет опасность того, что обеспечение будет затребовано у ответчика. В поддержку предложения включить термин "любая сторона" было заявлено, что это обеспечит наделение третейского суда правом рассматривать некоторые ситуации в сфере многостороннего арбитражного разбирательства, например ситуацию, когда имеется несколько истцов, каждому из которых выгодно принятие обеспечительной меры, но просьба о предписании обеспечительных мер поступает только от одного истца, не располагающего активами. В этой ситуации третейский суд сможет по своему усмотрению требовать от других истцов предоставления обеспечения. Кроме того, ссылка на "любую сторону" позволит охватить ситуации, в которых сторона предоставляет встречное обеспечение. Рабочая группа отдала предпочтение формулировке "запрашивающая сторона и любая другая сторона".

G. Пункт 6

49. Было отмечено, что в случае принятия решения о включении в пункт 5 формулировки "или любая другая сторона" ее следует включить и в проект пункта 6. При этом было высказано мнение, что это может послужить причиной возникновения дополнительных споров между сторонами. Было высказано мнение, что, несмотря на предусмотренную обязанность сообщать третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, связанных с предписанием обеспечительной меры, никаких санкций за нарушение этой обязанности не предусмотрено. В ответ было заявлено, что этот вопрос вполне может быть рассмотрен в рамках пункта 7. С учетом изложенного выше никакого решения относительно изменения текста пункта 6 принято не было.

H. Пункт 7

50. Проект этого положения получил некоторую поддержку, поскольку он имеет общую формулировку и не предусматривает чрезмерно подробного регулирования. Был задан вопрос о том, распространяется ли это положение на обеспечительные меры, которые ранее были приведены в исполнение судом. Задавались также вопросы о том, не следует ли внести в это положение поправки для разъяснения того, что третейский суд имеет право изменить или прекратить обеспечительную меру по собственной инициативе или по просьбе любой другой стороны. Было заявлено, что если бы третейский суд мог действовать по собственной инициативе, то, возможно, потребовалось бы дополнительное разъяснение в отношении того, что суд должен сообщить запрашивающей стороне об изменении или прекращении такой меры.

51. Было отмечено также, что остается неясным, признается ли право изменять или прекращать обеспечительную меру только в том случае, когда условия предписания обеспечительной меры уже не соблюдаются, или этот вопрос решается исключительно по усмотрению третейского суда. Были высказаны некоторые возражения против предоставления третейскому суду права действовать, не получив от сторон соответствующую просьбу и не заслушав стороны. В этой связи было вновь отмечено, что остается неясным, кто будет нести ответственность за ущерб в том случае, если изменение или прекращение обеспечительной меры наносит какой-либо стороне ущерб. Поэтому было заявлено, что условием для применения права изменять или прекращать обеспечительную меру должна быть соответствующая просьба сторон. В этой связи были высказаны некоторые возражения на том основании, что это создает дополнительные осложнения, поскольку остается неясным, должна ли такая просьба поступать от одной стороны или от всех сторон. Было высказано также предложение применять право изменять или прекращать обеспечительную меру только в тех случаях, когда имеет место изменение обстоятельств.

52. С учетом изложенных выше соображений было предложено добавить в конец пункта 7 следующую формулировку: "по ходатайству какой-либо стороны или по собственной инициативе, заслушав мнение сторон". В то же время было предложено не ограничивать право изменять или прекращать обеспечительную меру. С учетом чрезвычайного характера таких мер было высказано мнение, что если третейский суд имеет право предписывать такие меры, то он должен также обладать правом изменять или прекращать их. Было отмечено также, что, поскольку пункт 7, как представляется, распространяется и на меры ex parte, обстоятельства, при которых арбитр может пожелать прекратить или изменить обеспечительную меру, могут возникнуть в течение периода ex parte, и поэтому требование сообщать об этом сторонам может нанести ущерб такой мере. Было предложено продолжить рассмотрение вопроса о том, следует ли проводить разграничение в зависимости от того, является ли обеспечительная мера inter partes или ex parte; в этом случае, возможно, потребуется подготовить отдельное положение в отношении мер ex parte. Никакого решения относительно изменения формулировки пункта 7 принято не было.

I. Пункт 4 *a)* (продолжение)

53. В целях содействия продолжению обсуждения пункта 4 ряд делегаций подготовили пересмотренный проект для рассмотрения Рабочей группой. Цель пересмотренного проекта заключалась в том, чтобы отразить мнения и замечания, высказанные в ходе предшествующих обсуждений пункта 4 *a)* (см. выше, пункты 28–32). Рабочая

группа возобновила обсуждение пункта 4 *a)* на основе следующего проекта текста (далее в тексте "новая редакция пункта 4 *a)*":

"4) *a)* Если не согласовано иное, третейский суд может предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения, если:

i) запрашивающая сторона демонстрирует, что необходимо действовать без направления уведомления [с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры] [поскольку эта мера может утратить значение, если будет направлено уведомление]; и

ii) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры; и

iii) будет причинен непоправимый вред, если такая мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который будет причинен стороне, затрагиваемой такой мерой, если эта мера будет предписана; и

iv) существует [значительная возможность] [разумная вероятность], что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, [при условии что любое решение по данному вопросу не нанесет ущерба любым последующим решениям третейского суда]; и

v) запрашивающая сторона несет [объективную ответственность] за любые издержки и потери, причиняемые такой мерой стороне, в отношении которой она принимается, [в свете окончательного урегулирования требований по существу спора]; и

vi) запрашивающая сторона предоставляет [гарантию] [встречную гарантию, которая обеспечена таким образом, каким третейский суд сочтет это целесообразным] [обеспечение в такой форме, какая может быть определена третейским судом] [в отношении любых издержек и потерь, которые может понести сторона, в отношении которой принимается такая мера, в результате выполнения данного решения] [в отношении любых издержек и потерь в соответствии с подпунктом (v), выше].

Дополнительный пункт

Третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения подпунктов (v) и (vi), выше или в связи с этими подпунктами".

Вводная формулировка новой редакции пункта 4 а)

54. В порядке редакционного замечания было предложено заменить формулировку "если не согласовано иное" словами "если стороны не договорились об ином". Согласно другому предложению, после каждого подпункта в новой редакции пункта 4 *a)* за исключением предпоследнего подпункта следует исключить слово "и". В отношении этих предложений не было высказано никаких возражений.

55. Что касается вопросов существа, то было высказано мнение, что в связи с вводной формулировкой новой редакции пункта 4 *a)* возникает одна проблема, поскольку в этом пункте затрагивается не только ситуация, когда какая-либо сторона ходатайствует о принятии обеспечительной меры без направления уведомления, но также случаи, когда уведомление было направлено, однако другая сторона не имела возможности представить свои возражения, а в подпункте 4 *a)* (i), как представляется, такая вторая ситуация не охвачена.

Новая редакция пункта 4 а) *(i) и (ii)*

56. Было указано, что в новой редакции этого положения содержится требование о том, чтобы запрашивающая сторона "продемонстрировала", что необходимо действовать без направления уведомления. Было высказано мнение, что для исключения оснований для беспокойства в отношении соответствующего стандарта доказывания формулировку подпункта (i) необходимо изменить следующим образом: "третейский суд удостоверился в том, что необходимо действовать на основе ex parte". Такой подход получил определенную поддержку. Тем не менее было указано, что на предыдущей сессии Рабочая группа решила рассмотреть такие формулировки, как "установить", "продемонстрировать" или "показать", которым было отдано предпочтение в качестве альтернатив словам "представить доказательства" необходимости действовать без направления уведомления (A/CN.9/508, пункт 55). Рабочая группа решила, что все вышеупомянутые предложения должны быть отражены в пересмотренном проекте, который будет подготовлен Секретариатом в целях продолжения обсуждения на более позднем этапе.

57. В связи с двумя альтернативными вариантами, заключенными в квадратные скобки в новой редакции пункта 4 *a)* (i), поддержка в отношении первого альтернативного текста была выражена на том основании, что в нем устанавливается широкий стандарт и что формулировка соответствует тексту других положений. Было высказано мнение, основанное на первом альтернативном тексте, что, возможно, целесообразнее использовать слова "неизбежно окажется неэффективной". В целом предпочтение было отдано формулировке, основанной на втором заключенном в квадратные скобки альтернативном варианте. В то же время было выражено беспокойство в связи с использованием слов "утратить значение", которые можно было бы заменить словами "сведена на нет".

58. Было указано, что новую редакцию пункта 4 *a)* (i) можно было бы полностью исключить, поскольку используемое в новой редакции пункта 4 *a)* (ii) понятие безотлагательной необходимости является достаточным основанием для принятия третейским судом соответствующего решения. Тем не менее было указано, что в отношении меры ex parte необходимо будет предусмотреть как наличие безотлагательной необходимости, упоминаемой в новой редакции пункта 4 *a)* (ii), так и упомянутый в новой редакции пункта 4 *a)* (i) принцип избежания неэффективности обеспечительной меры. Была выражена широкая поддержка включению обоих упомянутых элементов. Отмечалось, что простое указание на безотлагательную необходимость принятия меры не будет надлежащим образом показывать, почему такая мера должна применяться на основе ex parte. Отмечалось также, что в подпункте (i) выражена реальная причина запрашивания такой меры ex parte, т. е. то, что направление уведомления будет противоречить самой цели принимаемой меры.

59. В свете высказанных замечаний было предложено пересмотреть вводную формулировку и подпункты (i) и (ii) пункта 4 *a)* следующим образом:

"4) *a)* Если стороны не договорились об ином, третейский суд может предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения, если запрашивающая сторона показывает, что необходимо действовать таким образом, с тем чтобы [обеспечить эффективность такой меры] [такая мера не утратила значение до вынесения соответствующего решения] при том условии, что:

i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры; и".

60. Широкую поддержку получило мнение, что первая часть нового пересмотренного варианта вводной формулировки надлежащим образом отражает реальную ситуацию ex parte, а именно ситуацию, когда третейский суд принимает решение предписать обеспечительную меру без направления уведомления другой стороне. Тем не менее слова "или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения" не отражают реальную ситуацию ex parte, поскольку в данном случае другой стороне уже направлено соответствующее уведомление. Было предложено рассмотреть в вводной формулировке только ситуацию, когда необходимо действовать без направления уведомления. Было указано, что если Рабочая группа намеревается охватить вторую ситуацию, то структуру данного пункта необходимо будет пересмотреть. Признавалось, что формулировка "или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения" предназначена для охвата ситуации, когда уведомление другой стороне уже направлено, однако она либо не располагала достаточным временем, либо была не в состоянии представить свои возражения или же не желала представить такие возражения и могла таким образом воспрепятствовать предписанию обеспечительной меры. Определенную поддержку получило мнение, что данная ситуация фактически надлежащим образом охватывается словами "может предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера", а также нормами, касающимися неисполнения обязательств. Было решено исключить слова "или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения", исходя из того, что в тексте надлежащим образом охватывается ситуация, когда уведомление было направлено, однако другая сторона либо не смогла ответить, либо не ответила на такое уведомление.

61. Хотя была выражена определенная поддержка в отношении первого текста, заключенного в квадратные скобки в пересмотренном варианте вводной формулировки ("[обеспечить эффективность такой меры]"), было отдано предпочтение второму тексту в квадратных скобках ("[такая мера не утратила значения до вынесения соответствующего решения]") на том основании, что он более точно выражает условие, которое должно быть выполнено, если предписывается мера ex parte.

Новая редакция пункта 4 **a)** *(iii)*

62. Было решено исключить подпункт 4 *a)* (iii) на том основании, что соответствующая ситуация надлежащим образом охватывается пунктом 3 *c)*, поскольку в этом подпункте установлены условия, которые должны применяться как в отношении мер inter partes, так и в отношении мер ex parte. Рабочей группе было предложено добавить в текст вводной формулировки новой редакции пункта 4 *a)* ссылку на необходимость выполнения требований, установленных в пункте 3.

63. Предложение пересмотреть текст вводной формулировки и использовать такую условную формулировку, как "если третейский суд предписывает обеспечительную меру", с тем чтобы более четко отразить исключительную ситуацию, когда какая-либо сторона ходатайствует о принятии обеспечительных мер ex parte, не получило поддержки.

Новая реакция пункта 4 **a)** *(iv)*

64. Рабочая группа рассмотрела две формулировки, заключенные в квадратные скобки в подпункте 4 *a)* (iv), а именно "[значительная возможность]" или "[разумная вероятность]", что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора. Хотя была выражена определенная поддержка каждому из альтернативных текстов, преобладающее мнение заключалось в том, что ни одна из этих формулировок не позволяет надлежащим образом снять основания для ранее выраженного беспокойства (см. пункт 26, выше) в связи с тем, что эти слова, как представляется, побуждают третейский суд выносить решения по существу спора на слишком раннем этапе арбитражного разбирательства и таким образом могут повлиять на беспристрастность арбитров или же на представление сторон относительно такой беспристрастности. Рабочей группе было предложено сформулировать текст, который позволит воспрепятствовать представлению явно необоснованных требований в отношении принятия мер ex parte, но который не будет требовать от третейского суда вынесения решения по существу дела. Согласно одному предложению, для достижения данной цели в этом подпункте следует просто обязать третейский суд принимать решение о целесообразности обеспечительных мер в свете всех имеющихся фактов. В соответствии с альтернативным предложением в пересмотренном варианте этого подпункта следует указать, что "существует разумная возможность, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое принятое в этой связи решение не повлияет на любое последующее решение третейского суда". Согласно еще одному предложению, можно использовать основанную на иллюстративных примерах более нейтральную и объективную формулировку, которая не будет предусматривать вынесения решения до рассмотрения существа дела и которая может предусматривать, что "существуют значительные основания для принятия решений". Кроме того, предлагалось использовать в вводной формулировке этого подпункта вместо слов "существует разумная возможность" слова "существует по меньшей мере разумная возможность", а также заменить формулировку "добьется успеха в отношении существа спора" словами "может добиться успеха в отношении существа спора". После обсуждения было предложено пересмотреть данный текст следующим образом: "существует разумная возможность, что запрашивающая сторона может добиться успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое принятое в связи с этим решение не повлияет на любое последующее решение третейского суда". Секретариату было предложено подготовить пересмотренный текст в каче-

стве нового пункта 3 *b)* в соответствии с новой нумерацией после включения пункта 3 *a)* в текст пункта 4 *a)*.

Новая редакция пункта 4 **a)** *(v)*

65. Отмечалось, что в этом подпункте предусматривается дополнительная гарантия возмещения другой стороне издержек или потерь, возникших в результате принятия меры ex parte. Такая гарантия может действовать и после вынесения окончательного решения по существу спора. Было вновь указано, что было решено не рассматривать в этом положении вопрос об ответственности запрашивающей стороны за принятие обеспечительных мер inter partes, поскольку этот вопрос должен регулироваться в соответствии с другим законодательством. Широкую поддержку получило мнение, что более логичной представляется ссылка на "ущерб и издержки", чем на "издержки и потери". Было предложено разъяснить ссылку на "издержки", с тем чтобы охватить "издержки арбитражного разбирательства, возникающие в результате принятия обеспечительных мер". Было выражено беспокойство в отношении принятия любого проекта текста, в котором указывалось бы, что покрытие издержек и потерь, возникающих в результате принятия обеспечительных мер ex parte, будет зависеть от окончательного урегулирования спора. Было указано, что решение вопроса о том, должна ли запрашивающая сторона нести ответственность за такие потери или ущерб, следует оставить на усмотрение третейского суда, но что решение этого вопроса не должно быть связано с окончательным решением по существу дела. В связи с этим отмечалось, что, даже если запрашивающая сторона в конечном счете добьется вынесения решения в свою пользу в результате арбитражного разбирательства, она тем не менее будет нести ответственность за потери или ущерб, возникшие в результате принятия обеспечительных мер ex parte, которые будут сочтены необоснованными. Было высказано мнение, что для обеспечения гибкости и широких дискреционных полномочий третейского суда можно было бы рассмотреть возможность включения в будущий пересмотренный вариант этого положения слов "в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела, включая окончательное решение по существу спора". Согласно альтернативному предложению в пересмотренном варианте необходимо учесть подход, применяемый в пункте 17.1.3 проекта основных принципов и правил транснациональной гражданско-правовой процедуры, разработанного Американским институтом права и МИУЧП, который воспроизводится в пункте 69 документа A/CN.9/WG.II/WP.119.

66. Было высказано мнение, что поскольку понятие "объективной ответственности" является специальным термином, который не является общепринятым во всех правовых системах, а также в целях подготовки гибкого положения, термин "объективный" следует исключить из этого положения. Согласно другому предложению глагол "несет" следует заменить словами "может нести". Рабочая группа сочла первое предложение в целом приемлемым, однако решила сохранить слово "несет". Внимание Рабочей группы было вновь обращено на необходимость учитывать цель данного положения при разработке любого пересмотренного варианта. Было указано, что данное положение следует оценивать с учетом общей цели, которая заключается в том, чтобы возложить на запрашивающую сторону ответственность за ущерб, возникающий в результате принятия меры ex parte, в том случае, если эта мера была сочтена необоснованной. Было высказано мнение, что, возможно, необходимо будет провести дополнительный анализ для определения того, что приводит к возникновению ответственности, а именно по вопросу о том, предназначено ли данное положение для охвата ситуации, когда запрашивающая сторона действовала неосмотрительно или недобросовестно, или же оно охватывает также ситуацию, когда третейский суд допустил ошибку.

67. Было решено включить слова "в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора" в квадратных скобках в будущий вариант этого положения для продолжения обсуждения.

Новая редакция пункта 4 **a)** *(vi)*

68. Были подняты вопросы, касающиеся различных оттенков значения, придаваемого словам "гарантия", "встречная гарантия" и "обеспечение", которые предлагаются в качестве альтернативных вариантов в новой редакции пункта 4 *a)* (vi). Хотя была выражена определенная поддержка сохранению слова "гарантия", было указано, что слово "обеспечение" используется в статье 17 Типового закона и переводится как "гарантия" в вариантах текста на некоторых языках. Широкую поддержку получило мнение, что новое положение не должно необоснованно отклоняться от формулировки, используемой в Типовом законе. Было отдано предпочтение формулировке следующего содержания: "обеспечение в такой форме, какую третейский суд может счесть надлежащей".

69. В отношении слов "издержки и потери" широкую поддержку получило мнение, что формулировка подпункта (vi) должна соответствовать формулировке, которая используется в подпункте (v). Было указано, что в обоих положениях следует четко указать, что в них рассматриваются только те издержки арбитражного разбирательства, которые связаны с принятием обеспечительной меры, и только тот ущерб, который сторона несет в результате выполнения обеспечительной меры. В целом предпочтение было отдано использованию формулировки подпункта (vi) следующего содержания: "в отношении любого ущерба или любых издержек арбитражного разбирательства, упомянутых в подпункте (v), выше".

Дополнительный пункт

70. Было предложено включить в начале предлагаемого дополнительного подпункта слова "в целях избежания сомнений". Хотя это предложение получило определенную поддержку, было указано, что такая формулировка, как правило, считается неуместной в законодательном тексте. Кроме того, отмечалось, что во многих странах такой пункт будет содействовать не рассеиванию сомнений, а расширению юрисдикционных полномочий третейского суда по сравнению с предельными полномочиями, возложенными на третейский суд сторонами в арбитражном соглашении. Было принято решение включить слова "в целях избежания сомнений" в квадратных скобках в качестве вводной формулировки дополнительного пункта для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

71. Было высказано мнение, что при формулировании положения, расширяющего юрисдикцию третейского суда в связи с принятием обеспечительных мер на основе ex parte, Рабочей группе следует избегать формулировок, в результате которых может создаваться впечатление, что

такое положение следует толковать a contrario в контексте обеспечительных мер, которые предписываются inter partes.

72. Хотя общую поддержку получило мнение относительно целесообразности перекрестной ссылки на подпункт (v), был задан вопрос относительно необходимости перекрестной ссылки на подпункт (vi). Было указано, что в пункте 5 на третейский суд уже возлагаются полномочия в отношении решения вопросов, касающихся обеспечения. Рабочая группа приняла это замечание к сведению. Перекрестные ссылки на подпункты (v) и (vi) были заключены в квадратные скобки для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

J. Пункт 4 *b)*

73. После этого Рабочая группа приступила к рассмотрению пункта 4 *b)*, содержащегося в документе A/CN.9/WG.II/WP.121. Было вновь указано, что ранее выражалось беспокойство (см. пункт 25, выше) в связи с тем, что ссылка на определенный срок, например на двадцать дней, может рассматриваться в качестве субсидиарной нормы, а не максимального срока, в течение которого другой стороне должна быть предоставлена возможность быть заслушанной. Были вновь высказаны возражения в отношении установления фиксированного срока. Отмечалось, что существующая редакция этого положения не позволяет избежать ситуации, когда обеспечительная мера может быть на практике продлена в результате нового ходатайства о принятии аналогичной меры после истечения срока продолжительностью в двадцать дней. Широкую поддержку получило мнение, что цель данного пункта заключается в том, чтобы обеспечить изменение баланса в рамках арбитражного разбирательства после вынесения постановления о принятии мер ex parte за счет предоставления другой стороне возможности быть заслушанной и обеспечения возможности для пересмотра такой меры как можно скорее. Было выражено беспокойство в связи с тем, что пункт 4 *b)* в существующей редакции не позволяет достичь такой цели, поскольку основное внимание в нем уделяется ограничению срока действия мер ex parte двадцатью днями. Было указано, что восстановление баланса в рамках арбитражного разбирательства рассматривается в пункте *c)*. В связи с этим было высказано общее мнение, что порядок изложения пунктов *b)* и *c)* можно изменить. Секретариату было предложено принять во внимание вышеизложенные обсуждения при подготовке пересмотренного проекта этого положения. Было также предложено разъяснить, относится ли пункт 4 *b)* исключительно к обеспечительным мерам ex parte или же ко всем обеспечительным мерам, поскольку в этом пункте содержится общая ссылка на пункт 1.

K. Пункт 4 *c)*

74. С учетом ранее высказанных замечаний (см. выше, пункт 33) Рабочая группа приступила к рассмотрению нового пересмотренного варианта подпункта *c)* следующего содержания: "Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной, если более не существует необходимости действовать на основе ex parte, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры".

75. Были высказаны различные мнения в отношении существа данного предложения. Согласно одному мнению, слова "предоставляется возможность быть заслушанной" следует заменить ссылкой на "право" стороны быть заслушанной, с тем чтобы четко указать, что после предписания обеспечительной меры ex parte третейский суд должен быть готов незамедлительно предпринять соответствующие действия по просьбе затронутой стороны. Согласно другому мнению, ссылку на "эффективность" принятой меры, возможно, необходимо будет пересмотреть, с тем чтобы учесть результаты ранее состоявшихся обсуждений по пункту 4 *a)* (i) (см. выше, пункты 56–61). Согласно еще одному мнению, в этом положении необходимо указать определенный срок, в течение которого третейский суд обязан заслушать сторону, в отношении которой принимается обеспечительная мера. Было предложено включить в пункт 4 *c)* следующую формулировку: "стороне направляется уведомление о принятии меры и предоставляется [возможность] [право] быть заслушанной третейским судом [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]". Секретариату было предложено принять во внимание результаты вышеизложенных обсуждений при разработке пересмотренного проекта этого положения. Было высказано мнение, что в ходе будущих обсуждений необходимо решить, будет ли пункт 4 *c)* применяться только в контексте обеспечительных мер, предписанных на основе ex parte, или же в более широком плане в отношении всех категорий обеспечительных мер.

L. Пункт 4 *d)*

76. После этого Рабочая группа приступила к рассмотрению пункта 4 *d)*, содержащегося в документе A/CN.9/WG.II/WP.121. Было высказано мнение, что этот пункт в существующей редакции не служит какой-либо цели и может быть исключен. В связи с этим было высказано мнение, что в этом положении важно предусмотреть определенный предельный срок, в течение которого сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительной меры, должна сообщать об изменении обстоятельств третейскому суду. Было указано также, что в этом положении следует предусмотреть санкцию за невыполнение обязательства, установленного в пункте 4 *d)*. Было далее 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 стороны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры. Секретариату было предложено принять во внимание вышеизложенные предложения при подготовке пересмотренного положения для продолжения обсуждений на следующей сессии.

IV. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ СУДАМИ

77. Рабочая группа провела непродолжительный обмен мнениями о возможном режиме в отношении обеспечительных мер, предписываемых государственными судами, в контексте статьи 17 Типового закона (A/CN.9/WG.II/WP.119). Была выражена поддержка в отношении общего принципа, согласно которому правила, регулирующие меры, предписанные судами, должны в максимально возможной степени соответствовать прави-

лам, применимым в отношении обеспечительных мер, предписываемых третейским судом. В то же время широкую поддержку получило мнение, что вряд ли следует пытаться унифицировать в рамках международного документа нормы, применимые в отношении обеспечительных мер, предписываемых судами для поддержки арбитражного разбирательства. В порядке примера было указано, что будет крайне сложно согласовать нормы, касающиеся обеспечительных мер, предписываемых государственным судом для поддержки арбитражного разбирательства, с принципом, который применяется в некоторых правовых системах и в соответствии с которым юрисдикционные полномочия судов принимать решения, касающиеся обеспечительных мер, зависят от наличия разбирательства по существу данного дела, проводимого в этом же суде. Было решено, что обсуждение этого вопроса необходимо будет продолжить на одной из будущих сессий.

V. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР

78. Рабочая группа провела краткое обсуждение по вопросу о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе текста, содержащегося в записке Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119). Этот текст гласил следующее:

"Приведение в исполнение обеспечительных мер

1) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд отказывается признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если*:

a) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что:

i) *[Вариант 1]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, является недействительным; *[Вариант 2]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, как представляется, является недействительным, и в этом случае суд может передать вопрос о [юрисдикции третейского суда] [действительности арбитражного соглашения] третейскому суду для принятия решения в соответствии со статьей 16 настоящего Закона;

ii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, 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]; или

iii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

iv) обеспечительная мера была отменена, отложена или изменена третейским судом;

b) суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая мера несовместима с полномочиями, предоставленными суду его процессуальным законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной меры в исполнение; или

ii) признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречит публичному порядку этого государства.

2) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд может, по своему усмотрению, отказаться признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что ходатайство о такой же или аналогичной обеспечительной мере уже было подано в суд в этом государстве, независимо от того, принял ли данный суд какое-либо решение по этому ходатайству.

3) Сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение обеспечительной меры, незамедлительно информирует суд о любой отмене, отсрочке или изменении такой меры.

4) При изменении формулировки меры в соответствии с пунктом 1 *b)* (i) суд не изменяет существа данной обеспечительной меры.

5) Пункт 1 *a)* (iii) не применяется:

[Вариант 1] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая мера, при условии что такая мера была предписана на срок, не превышающий [30] дней, и приведение в исполнение такой меры запрашивается до истечения этого срока.

[Вариант 2] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая 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 3] 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 мера.

* Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительные меры. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры должно быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений".

79. Для обеспечения упрощенного варианта возможного положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер одна из делегаций предложила следующий текст:

"1) Обеспечительные меры, предписываемые и действующие в соответствии со статьей 17, независимо от того, в какой стране они предписаны и отражены ли они в промежуточном арбитражном решении или каким-либо иным образом, признаются в качестве имеющих обязательную силу и после обращения в письменной форме в компетентный суд подлежат приведению в исполнение в соответствии с положениями статей 35 и 36, если в настоящей статье не предусмотрено иное. Любое определение, вынесенное на любом основании, предусмотренном в статье 36, в решении, касающемся такого обращения, имеет силу только для целей такого обращения.

2) *a)* В признании или приведении в исполнение обеспечительных мер не может быть отказано на том основании, что сторона, в отношении которой принимаются такие меры, не получила уведомления о разбирательстве по ходатайству о принятии обеспечительных мер или не имела возможности изложить свои аргументы, если

i) третейский суд определил, что необходимо действовать таким образом, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, и

ii) суд выносит аналогичное определение.

b) Суд может обусловить продолжение признания или приведения в исполнение обеспечительной меры, предписанной без уведомления или предоставления возможности изложить свои аргументы, любым условием в отношении уведомления или изложения аргументов, которое он может предписать.

3) Суд может изменить формулировку обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для приведения такой меры в соответствие с его процессуальным законодательством, при условии что суд не изменяет существа данной обеспечительной меры.

4) В период рассмотрения ходатайства о признании или приведении в исполнение временной меры или в период действия решения о признании или приведении в исполнение обеспечительных мер сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение или добилась приведения в исполнение обеспечительной меры, незамедлительно информирует суд о любом изменении, отсрочке или отмене такой меры".

80. Сторонники этого предложения разъяснили, что данное предложение основано на следующих пяти принципах: 1) правовые рамки для приведения в исполнение обеспечительных мер должны быть аналогичны существующим правовым рамкам для приведения в исполнение арбитражных решений; 2) решение о приведении в исполнение обеспечительной меры не должно иметь обязательных последствий для последующего арбитражного разбирательства; 3) если предписывается мера ex parte, суд должен располагать всеми возможностями для проверки обоснованности принятия такой меры; 4) стороны не должны нести какого-либо обязательства в отношении получения разрешения от третейского суда, прежде чем направлять ходатайство в суд в отношении приведения в исполнение обеспечительной меры; и 5) в том случае, если ходатайство о приведении в исполнение представляется в несколько судов, такие суды должны по собственному усмотрению принимать решение о том, каким образом надлежит действовать. Перед завершением обсуждений было указано, что Рабочей группе необходимо будет принять решение по вопросу о том, в какой форме могут быть предписаны обеспечительные меры. Необходимо, в частности, решить, предписывается ли обеспечительная мера в форме арбитражного решения или же в форме постановления суда по процессуальному вопросу. Было решено продолжить обсуждение на одной из будущих сессий на основе обоих предложенных текстов.

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать седьмой сессии: арбитраж: обеспечительные меры

Предложение Соединенных Штатов Америки

(A/CN.9/WG.II/WP.121) [Подлинный текст на английском языке]

Записка Секретариата

В процессе подготовки к тридцать седьмой сессии Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура), в ходе которой Рабочая группа, как ожидается, продолжит обсуждение пересмотренного проекта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (см. доклад о работе тридцать шестой сессии, A/CN.9/508, пункты 51–91), правительство Соединенных Штатов Америки представило 23 сентября 2002 года на рассмотрение Рабочей группы текст предлагаемого пересмотренного варианта статьи 17. Текст этого предложения воспроизводится в приложении к настоящей записке в той форме, в которой он был получен Секретариатом.

Приложение. Предложение Соединенных Штатов Америки

1. В пункте 88 доклада Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать шестой сессии (Нью-Йорк, 4–8 марта 2002 года) (A/CN.9/508) приводится текст предложения об изменении формулировки пункта 5 и остального текста проекта статьи 17. Как отмечается в пункте 90 этого доклада, обсуждение этого текста и других предложений не было завершено из-за отсутствия достаточного времени.

2. В ходе Конгресса Международного совета по торговому арбитражу (МСТА) в мае 2002 года обсуждалось предложение в отношении уточнения текста пункта 88. На Конгрессе МСТА рассматривался следующий текст:

Полномочия третейского суда предписывать обеспечительные меры

1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, распорядиться о принятии другой стороной обеспечительных мер.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, отражена ли она в каком-либо обеспечительном решении 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 в целях обеспечения или повышения эффективности окончательного 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 окончательного решения;

c) предоставить обеспечение в отношении исполнения окончательного решения, включая решение о погашении расходов; или

d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально-правовое значение для урегулирования спора.

3) Третейский суд может предписать обеспечительную меру, если запрашивающая сторона доказала, что:

a) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;

b) будет причинен непоправимый вред, если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который будет причинен стороне, выступающей против принятия такой меры, если такая мера будет предписана; и

c) существует значительная вероятность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора.

4) *a)* Третейский суд может предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера, или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения, если в дополнение к выполнению требований пункта 3 запрашивающая сторона доказывает, что необходимо действовать таким образом, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры.

b) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней, 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, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения.

c) За исключением случаев, когда третейский суд определяет в соответствии с пунктом 4 *a)*, что необходимо действовать без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, этой стороне направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной как можно скорее.

d) [Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд обо всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть имеющими отношение к делу и имеющими существенное значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]

5) Третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

6) Запрашивающая сторона с момента представления просьбы незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых эта сторона запрашивала или арбитражный суд предписал обеспечительную меру.

7) Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру.

C. Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года)

(A/CN.9/524) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
I.	ВВЕДЕНИЕ	1–14
II.	ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	15
III.	ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР, РЕШЕНИЕ О КОТОРЫХ ВЫНЕСЕНО ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ	16–75
	A. Общие обсуждения	16–29
	B. Обсуждение конкретных положений на основе пересмотренного проекта	30–75
	1. Пункт 1 пересмотренного проекта	32–33
	2. Пункт 2 пересмотренного проекта	34

Пункты

3. Пункт 3 пересмотренного проекта 35–39
4. Пункт 4 пересмотренного проекта 40–41
5. Подпункт 1*(a)*(ii) проекта положения о приведении в исполнение 42–45
6. Подпункт *(a)*(iii) проекта положения о приведении в исполнение 46
7. Подпункт *(a)*(iv) проекта положения о приведении в исполнение 47
8. Подпункт *(b)*(i) проекта положения о приведении в исполнение 48–49
9. Подпункт *(b)*(ii) проекта положения о приведении в исполнение 50–52
10. Пункт 2 проекта положения о приведении в исполнение 53–54
11. Пункт 4 пересмотренного проекта (продолжение) 55–56
12. Возможные изменения структуры пункта 1 проекта положения о приведении в исполнение 57–63
13. Сноска к пункту 1 проекта положения о приведении в исполнение 64–66
14. Пункт 3 проекта положения о приведении в исполнение 67–71
15. Предложение относительно нового положения об обеспечении в отношении просьб о приведении в исполнение 72–75

IV. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ СУДОМ 76–78

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) (далее в тексте – "Типовой закон"), 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 по арбитражу, 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. Комиссии на ее тридцать третьей сессии в 2000 году 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 "онлайн" (т. е. таких арбитражных разбирательств, когда значительная часть арбитражных процедур или даже все такие процедуры осуществляются с использованием электронных средств 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, 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

[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.

[6] Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункт 396.

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.

5. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия 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 (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, 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, 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[7]. Комиссия высказала мнение, что для этих целей Рабочей группе, возможно, желательно отложить рассмотрение вопросов, касающихся требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения и Нью-Йоркской конвенции, до ее тридцать восьмой сессии в 2003 году.

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. На своей тридцать седьмой сессии, проходившей в Вене 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).

9. Рабочая группа по арбитражу, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тридцать восьмую сессию в Нью-Йорке с 12 по 16 мая 2003 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Буркина-Фасо, Германии, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Камеруна, Канады, Китая, Колумбии, Литвы, Марокко, Мексики, Парагвая, Российской Федерации, Руанды, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Фиджи, Франции, Швеции и Японии.

10. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Венесуэлы, Дании, Ирландии, Камбоджи, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии, Мадагаскара, Монако, Пакистана, Панамы, Перу, Польши, Республики Корея, Сирийской Арабской Республики, Турции, Филиппин, Финляндии, Чешской Республики и Швейцарии.

11. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: *a)* межправительственные организации: Международный консультативный комитет по хлопку (МККХ), Консультативный комитет по статье 2022 НАФТА и Постоянная палата третейского суда; *b)* неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Арабский союз международного арбитража, Центр международных юридических исследований, Клуб арбитров, Глобальный исследовательский центр по урегулированию споров, Межамериканская ассоциация адвокатов (МАА), Международная торговая палата (МТП), Международный совет по торговому арбитражу (МСТА), Институт международного права (ИМП), Региональный центр по международному коммерческому арбитражу, Факультет международного арбитража, Американская ассоциация адвокатов, Каирский региональный центр по международному коммерческому арбитражу, Высший институт арбитров, Европейская ассоциация студентов-юристов (ЕАСЮ), Совет сотрудничества стран Персидского залива, Международная федерация коммерческого арбитража, Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА), Национальный юридический центр по межамериканской свободной торговле и Союз европейских адвокатов.

12. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария АБАСКАЛЬ САМОРА (Мексика)

Докладчик: г-жа Паквипа АХВИПХАН (Таиланд)

[7] Там же, пункт 313.

13. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: *a)* предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.122); *b)* записка Секретариата, содержащая текст о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер (A/CN.9/WG.II/WP.119); *c)* доклад Рабочей группы о работе ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/523); *d)* записка Секретариата, содержащая пересмотренный текст о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/WG.II/WP.123).

14. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.
2. Утверждение повестки дня.
3. Подготовка согласованных текстов об обеспечительных мерах.
4. Прочие вопросы.
5. Утверждение доклада.

II. ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

15. Рабочая группа обсудила пункт 3 повестки дня на основе текста, содержащегося в пункте 78 документа A/CN.9/523. Итоги обсуждений и выводы Рабочей группы по этому пункту отражены в главах III и IV, ниже.

III. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР, РЕШЕНИЕ О КОТОРЫХ ВЫНЕСЕНО ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ

A. Общие обсуждения

16. Рабочая группа напомнила, что на своей тридцать четвертой сессии (2001 год) она обсудила вопрос о приведении в исполнение обеспечительных мер, решение о которых вынесено третейским судом согласно статье 17, на основании проектов положений, которые были подготовлены Секретариатом. Проведенные Рабочей группой обсуждения отражены в докладе о работе этой сессии (A/CN.9/487, пункты 76–87), однако по причине отсутствия времени Рабочая группа не завершила рассмотрения положений, касающихся вопросов приведения в исполнение.

17. Рабочая группа также напомнила о том, что на своей тридцать седьмой сессии (2002 год) она провела краткое обсуждение вопроса о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 83), и следующего проекта текста ("проект положения о приведении в исполнение") (этот текст также воспроизводится в документе A/CN.9/523, пункт 78):

"Приведение в исполнение обеспечительных мер

1) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд отказывается признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если:[*]

a) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что:

i) *[Вариант 1]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, является недействительным; *[Вариант 2]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, как представляется, является недействительным, и в этом случае суд может передать вопрос о [юрисдикции третейского суда] [действительности арбитражного соглашения] третейскому суду для принятия решения в соответствии со статьей 16 настоящего Закона;

ii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, 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]; или

iii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

iv) обеспечительная мера была отменена, отложена или изменена третейским судом;

b) суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая мера несовместима с полномочиями, предоставленными суду его процессуальным законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной меры в исполнение; или

ii) признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречит публичному порядку этого государства.

2) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд может, по своему усмотрению, отказаться признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что ходатайство о такой же или аналогичной обеспечительной мере уже было подано в суд в этом государстве, независимо от того, принял ли данный суд какое-либо решение по этому ходатайству.

3) Сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение обеспечительной меры, незамедлительно информирует суд о любой отмене, отсрочке или изменении такой меры.

[*] Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительные меры. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры должно быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений.

4) При изменении формулировки меры в соответствии с пунктом 1 *b)* (i) суд не изменяет существа данной обеспечительной меры.

5) Пункт 1 *a)* (iii) не применяется:

[*Вариант 1*] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая мера, при условии что такая мера была предписана на срок, не превышающий [30] дней, и приведение в исполнение такой меры запрашивается до истечения этого срока.

[*Вариант 2*] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая 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 3*] 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 мера.

18. Рабочая группа также напомнила, что одна из делегаций на ее тридцать седьмой сессии предложила иную редакцию этого текста (A/CN.9/523, пункт 79). Этот текст ("альтернативное предложение") гласил следующее:

"1) Обеспечительные меры, предписываемые и действующие в соответствии со статьей 17, независимо от того, в какой стране они предписаны и отражены ли они в промежуточном арбитражном решении или каким-либо иным образом, признаются в качестве имеющих обязательную силу и после обращения в письменной форме в компетентный суд подлежат приведению в исполнение в соответствии с положениями статей 35 и 36, если в настоящей статье не предусмотрено иное. Любое определение, вынесенное на любом основании, предусмотренном в статье 36, в решении, касающемся такого обращения, имеет силу только для целей такого обращения.

2) *a)* В признании или приведении в исполнение обеспечительных мер не может быть отказано на том основании, что сторона, в отношении которой принимаются такие меры, не получила уведомления о разбирательстве по ходатайству о принятии обеспечительных мер или не имела возможности изложить свои аргументы, если

i) третейский суд определил, что необходимо действовать таким образом, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, и

ii) суд выносит аналогичное определение.

b) Суд может обусловить продолжение признания или приведения в исполнение обеспечительной меры, предписанной без уведомления или предоставления возможности изложить свои аргументы, любым условием в отношении уведомления или изложения аргументов, которое он может предписать.

3) Суд может изменить формулировку обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для приведения такой меры в соответствие с его процессуальным законодательством, при условии что суд не изменяет существа данной обеспечительной меры.

4) В период рассмотрения ходатайства о признании или приведении в исполнение временной меры или в период действия решения о признании или приведении в исполнение обеспечительных мер сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение или добилась приведения в исполнение обеспечительной меры, незамедлительно информирует суд о любом изменении, отсрочке или отмене такой меры".

19. В соответствии с ранее принятым решением Рабочая группа постановила обсудить положение о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, прежде чем она возобновит рассмотрение положения об обеспечительных мерах, предписываемых арбитражным судом.

20. На тридцать седьмой сессии (2002 год) было решено продолжить обсуждение на одной из будущих сессий на основе обоих предложенных текстов. Первоначально в центре внимания при обсуждении на тридцать восьмой сессии стоял текст проекта положения о приведении в исполнение. Было высказано мнение, что в положении о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер должны быть отражены четыре принципа. Во-первых, правовые рамки для приведения в исполнение обеспечительных мер должны быть аналогичны тем, которые созданы применительно к приведению в исполнение арбитражных решений согласно статьям 35 и 36 Типового закона, при том, в частности, что необходимо внести определенные изменения, специально предназначенные для приспособления этих оснований к обеспечительным мерам. В этой связи было указано, что, хотя в проекте положения о приведении в исполнение учтено большинство из оснований, перечисленных в статье 36, некоторые основания исключаются. Например, было отмечено, что это положение в его нынешней редакции не включает основания, связанные с недееспособностью стороны арбитражного соглашения (как предусматривается в статье 36(1) *a)* (i) Типового закона) или с тем фактом, что решение, вынесенное по обеспечительной мере, выходит за пределы арбитражного соглашения (статья 36(1) *a)* (iii)).

21. Во-вторых, было высказано мнение, что право ходатайствовать о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры не должно, как это предусматривается согласно пункту 1 проекта положения о приведении в исполнение в его нынешнем виде, обуславливаться согласием третейского суда. В-третьих, было указано, что пункт 2 проекта положения о приведении в исполнение, который предоставляет суду право отказать, по своему усмотрению, в признании или приведении в исполнение обеспечительной меры лишь на том основании, что аналогичное заявление уже подано в другой суд этого же государства, сформулирован излишне широко. Было высказано мнение, что в случае, если заявление о приведении в исполнение подается в несколько судов, эти суды должны иметь право свободно принимать решение о наилучшем варианте действий. Было указано, что тот факт, что сторона обратилась за приведением в исполнение в два различных суда в каком-либо государстве, не должен сам по себе создавать основание для отказа в приведении в исполнение, поскольку подача ходатайств в различные суды государства может обуславливаться законными причинами. Например, ходатай может обладать активами в пределах нескольких правовых систем в одном и том же госу-

дарстве или же он может испытывать сомнения в вопросе о том, какой суд является надлежащим для подачи заявления.

22. В-четвертых, было высказано мнение, что сохранение права третейского суда принимать решение о своей собственной компетенции имеет жизненно важное значение. Было указано, что с вариантом 1 в подпункте *a)* (i) пункта 1 проекта положения о приведении в исполнение связан риск того, что суд может вынести постановление относительно подсудности дела третейскому суду и предрешить, таким образом, вынесение соответствующего определения третейским судом. В силу этого принцип, установить который предпринимается попытка в варианте 2 и который заключается в том, что в первой инстанции решение по вопросу о компетенции должно выноситься самим третейским судом, получил широкую поддержку.

23. Что касается редакции варианта 2, то были сделаны различные замечания. Было указано, что формулировка является слишком узкой, поскольку содержит ссылку лишь на один вид вопросов, связанных с определением компетенции, а именно на действительность арбитражного соглашения, и при этом не охватываются другие связанные с определением подсудности вопросы, которые могут возникнуть и которые рассматриваются в статье 36 Типового закона, такие, например, как возможность того, что принятие обеспечительных мер выходит за пределы действительного арбитражного соглашения. Было также указано, что вариантом 2 не охватываются должным образом все возможные случаи, например ситуация, когда третейский суд уже вынес решение своей компетенции, и ситуация, когда подсудность оспаривается, однако третейский суд еще не вынес определения по этому вопросу. В той мере, в которой вариант 2 в его нынешней редакции позволяет суду выносить определение о компетенции третейского суда (например, путем отказа в приведении в исполнение на основании неподсудности третейскому суду), такое определение, было указано, должно иметь силу только в отношении приведения в исполнение обеспечительной меры и, в частности, не должно препятствовать третейскому суду в продолжении арбитражного разбирательства.

24. Было отмечено, что слова "с согласия третейского суда", которые содержатся и в пункте 1, и в пункте 2 проекта положения о приведении в исполнение, означают, что признание и приведение в исполнение ставятся в зависимость от согласия третейского суда. Рабочая группа тщательно изучила вопрос о том, следует ли запрашивать согласие третейского суда до подачи заявления о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. Было указано, что вводные слова в их нынешней редакции не позволяют сделать ясного вывода о том, что согласие увязывается с заявлением о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. С тем чтобы разъяснить этот момент, было предложено изменить редакцию вводной части примерно следующим образом: "По сделанному с согласия третейского суда заявлению заинтересованной стороны о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры, принятой согласно статье 17, независимо от страны, в которой было вынесено решение о ее принятии, компетентный суд …".

25. В отношении необходимости получения согласия третейского суда до подачи заявления о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры были высказаны две противоположные точки зрения. Против включения этого условия было указано, что такое согласие косвенно вытекает из того факта, что третейский суд принял определение о такой мере, и что, таким образом, необходимости в прямом требовании такого согласия не имеется. Было также указано, что включение такого условия может иметь неблагоприятные последствия для сроков приведения в исполнение обеспечительной меры. Было высказано мнение, что в случае, если порядок, при котором такое согласие будет подразумеваться, установлен быть не может, в тексте можно было бы предусмотреть, что третейский суд должен прямо указывать в момент вынесения определения о принятии обеспечительной меры, что эта мера подлежит приведению в исполнение. Хотя это предложение получило поддержку, в конечном итоге оно было отклонено по той причине, что оно было сочтено требующим необоснованно значительных затрат времени и накладывающим неоправданное бремя на третейский суд. Другое мнение состояло в том, что в этом проекте положения может быть проведено различие в зависимости от того, была ли принята обеспечительная мера в форме решения третейского суда или в виде определения по процедурным вопросам. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что практика в вопросе о том, должно ли постановление о той или иной обеспечительной мере приниматься в форме решения или процессуального определения, может различаться. Было высказано мнение, что в строгом смысле употребляемой терминологии ни одна обеспечительная мера не может рассматриваться в качестве арбитражного решения, поскольку она не предполагает окончательного разрешения какой-либо части спора.

26. В поддержку требования о получении согласия третейского суда до подачи заявления о приведении в исполнение в суд было указано, что с учетом различий в природе обеспечительных мер, которые могут быть приняты третейским судом как в форме промежуточных арбитражных решений, так и простых определений по процедурным вопросам, и с тем, чтобы не ограничивать свободу усмотрения третейского суда в вопросе об изменении принятых им обеспечительных мер, было бы целесообразно обусловить подачу заявления о признании или приведении в исполнение обеспечительных мер согласием третейского суда. Далее было указано, что принятие обеспечительной меры не подразумевает, что эта мера будет признана и приведена в исполнение судом. В этой связи было указано, что в некоторых случаях третейский суд может принять обеспечительную меру, не предусматривая, что она будет приведена в исполнение судами. Было отмечено, что в подобных случаях подразумевается лишь то, что обеспечительная мера будет выполнена стороной, в отношении которой она была принята, или что третейский суд обладает средствами для обеспечения вероятности исполнения, например полномочиями выносить заключение в пользу противной стороны, если такая мера не выполняется. Другими словами, хотя, возможно, и подразумевается, что обеспечительная мера является обязательной для сторон и будет выполнена, отнюдь не подразумевается, что во всех случаях будет возникать необходимость в приведении в исполнение судом. Было предложено заменить слова "с согласия третейского суда" в пункте 1 проекта положения о приведении в исполнение примерно следующими формулировками: "когда это позволяет обеспечительная мера" или "если иное не предусмотрено третейским судом".

27. В поддержку включения условия, требующего предварительного получения согласия третейского суда на подачу заявления о признании и приведении в исполнение

обеспечительной меры, было также указано, что третейский суд часто более информирован, чем суд, об обстоятельствах рассматриваемого спора, как с точки зрения вопросов существа, так и процессуальной подоплеки. Было указано, что по этой причине необходимо рассмотреть вопрос об установлении такого порядка, когда третейскому суду будет предоставлено право определять по своему усмотрению, должна ли обеспечительная мера подлежать принудительному исполнению. Было предложено внести в проект статьи 17 изменения, с тем чтобы описать обеспечительную меру либо в качестве определения, подлежащего принудительному исполнению, либо в качестве выражения предварительного намерения третейского суда, которое принудительному исполнению не подлежит. Было указано, что это не означает, что некоторые обеспечительные меры подлежат принудительному исполнению, а другие – нет, но является лишь простым указанием на то, что санкции, имеющиеся на случай несоблюдения решения об обеспечительной мере, зависят от предмета обеспечительной меры.

28. Было выражено общее согласие с тем, что название этого проекта статьи является слишком узким и что с тем, чтобы должным образом отразить содержание данного положения, ссылка должна быть сделана как на признание, так и на приведение в исполнение обеспечительных мер. В развитие этого предложения было высказано мнение, что с учетом нацеленности этого проекта статьи на вопросы признания и приведения в исполнение вместо использования негативной формулировки "компетентный суд отказывается признать" во вводной части проекта статьи 1 следовало бы отдать предпочтение включению позитивного указания. Одна делегация с целью снятия различных отмеченных моментов, вызвавших обеспокоенность, предложила следующий текст: "Если иное не предусмотрено третейским судом, принятое третейским судом определение или решение об обеспечительных мерах должно признаваться в качестве обязательного и, по подаче письменного заявления компетентному суду, приводиться в исполнение с учетом положений настоящей статьи. Суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры, если…". Этот текст получил определенную поддержку. В то же время было высказано мнение, что слова "признаваться в качестве обязательного" следует исключить. В качестве альтернативы было предложено изменить формулировку этого текста примерно следующим образом: "Принятое третейским судом определение или решение об обеспечительных мерах должно признаваться и, если иное не предусмотрено третейским судом по подаче письменного заявления компетентному суду, должно приводиться в исполнение с учетом положений настоящей статьи". Было достигнуто согласие с тем, что Секретариату следует пересмотреть формулировку текста этого положения с учетом вышеизложенных предложений.

29. Была выражена обеспокоенность в связи со ссылкой на заявление "заинтересованной стороны" (которое содержится как в пункте 1, так и в пункте 2), поскольку было сочтено, что она, возможно, является излишне широкой и может охватывать иную сторону, чем сторона спора. Было предложено рассмотреть использование более узкой формулировки, например, указать на сторону, в интересах которой испрашиваются обеспечительные меры. В этой связи одна делегация отметила, что одно из решений предлагается в альтернативном проекте, в котором не имеется ссылки на "заинтересованную сторону" и не требуется получения согласия третейского суда до подачи заявления о признании и приведении в исполнение. По этому вопросу не было принято никакого решения, и было выражено широкое согласие с тем, что обсуждение следует возобновить на более позднем этапе.

B. Обсуждение конкретных положений на основе пересмотренного проекта

30. С целью учета различных моментов, которые, как указывалось, вызывают обеспокоенность в связи с этим проектом статьи, был предложен пересмотренный проект, подготовленный рядом делегаций. Было отмечено, что цель пересмотренного проекта – закрепить выводы, достигнутые в отношении вводной части проекта пункта 1 и подпункта *a)* (i). Было разъяснено, что пересмотренный проект был разделен на четыре пункта, с тем чтобы обеспечить четкость изложения. Пересмотренный проект гласил следующее:

"1) Вынесенное третейским судом определение или решение о временных мерах, которое удовлетворяет требованиям статьи 17, признается имеющим обязательную силу.

2) Если иное не предусмотрено третейским судом, такая обеспечительная мера признается и приводится в исполнение по подаче письменного заявления компетентному суду с учетом положений настоящей статьи.

3) Суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры, если:

a) суд убедится в том, что имеется существенный вопрос относительно компетенции третейского суда;

b) …

c) …

d) … .

4) Любое определение, вынесенное по любым основаниям, перечисленным в пункте 3, выше, имеет силу только для целей заявления о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры".

31. Рабочая группа перешла к рассмотрению пересмотренного проекта. В целом подходу, использованному в пересмотренном проекте, была выражена общая поддержка, хотя и была высказана определенная обеспокоенность по вопросам как существа, так и редакции.

1. Пункт 1 пересмотренного проекта

32. Было указано, что пересмотренный проект сформулирован более широко по сравнению с проектом положения о приведении в исполнение, поскольку слова "обеспечительная мера, указанная в статье 17", заменены словами "вынесенное третейским судом определение или решение о временных мерах, которое удовлетворяет требованиям статьи 17". Было указано, что эта формулировка в пересмотренном проекте использована с целью обеспечить, чтобы обеспечительная мера, о приведении в исполнение которой представляется ходатайство, удовлетворяла гарантиям, установленным в проекте статьи 17, независимо от того, была ли эта мера вынесена в стране, принявшей Типовой закон, или какой-либо иной стране. Было указано, что ссылка на "определение или решение" в пункте 1 является излишней, особенно с учетом того, что в проекте статьи 17(2) не предрешается вопрос о форме, в которой

должно выноситься распоряжение о временных мерах. Это предложение было принято.

33. Было выражено общее согласие с тем, что в пункт 1 пересмотренного проекта следует включить слова "независимо от страны, в которой она была вынесена", как это предусматривается в проекте пункта 1 проекта положения о приведении в исполнение.

2. Пункт 2 пересмотренного проекта

34. В связи с пунктом 2 было указано, что в измененной формулировке отражено ранее принятое Рабочей группой решение, состоящее в том, что в это положение следует в первую очередь включить позитивное заявление о том, что временная мера должна признаваться и приводиться в исполнение, а затем перечислить основания, по которым в признании или приведении в исполнение может быть отказано (см. пункт 28, выше). Было также отмечено, что слова "если иное не предусмотрено" были включены с целью отразить решение о том, что третейскому суду следует предоставить право предусматривать в момент вынесения определения о временной мере, что в отношении этой меры не может быть представлено ходатайство о принудительном исполнении (см. пункт 26, выше). Было указано, что содержание пункта 2 пересмотренного проекта является в целом приемлемым. В редакционном плане было высказано мнение, что из пункта 2 пересмотренного предложения могут быть исключены слова "признается и", поскольку приведение в исполнение предполагает признание. Это мнение было, однако, встречено с обеспокоенностью, поскольку для целей обеспечения соответствия с другими положениями, а также Типовым законом необходимо использовать оба этих термина. Секретариату было предложено учитывать эти моменты, вызвавшие обеспокоенность, при подготовке нового пересмотренного проекта для продолжения обсуждения на одной из следующих сессий. Было высказано мнение, что слово "признание" в пункте 2 является неприемлемым, поскольку представляется весьма маловероятным, что третейский суд может предусмотреть, что его решение не должно признаваться в качестве имеющего обязательную силу, вопреки общему принципу, установленному в пункте 1 пересмотренного проекта. В пунктах 3 и 4 пересмотренного проекта слова "признание и приведение в исполнение" были сочтены уместными.

3. Пункт 3 пересмотренного проекта

35. В связи с пунктом 3 было указано, что в отличие от пункта 1 *a)* проекта положения о приведении в исполнение, в котором предусматривается, что "сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, предоставляет доказательство того, что", пересмотренный проект такой формулировки не содержит. Было отмечено, что пересмотренный проект составлен в более широкой редакции, с тем чтобы избежать рассмотрения требований, связанных с бременем доказывания. В дополнение к этому было указано, что в проекте, кроме того, подчеркивается, что круг обстоятельств, при которых допускается отказ, является ограниченным. С тем чтобы еще более выделить этот момент, было предложено добавить в проект пункта 3 пересмотренного проекта перед словом "если" слово "только". С этим предложением было в целом выражено согласие.

36. Было отмечено, что Рабочая группа провела длительное обсуждение вопроса о том, на ком должно лежать бремя представления доказательств с целью убедить суд в выполнении требований, необходимых для приведения в исполнение обеспечительной меры. Хотя в целом было признано, что в большинстве ситуаций, возникающих на практике, доказать наличие оснований, по которым в приведении в исполнение должно быть отказано, должна будет сторона, в отношении которой испрашивается вынесение такой меры, широкое распространение получило мнение, что необходимости включать в данный пункт ссылку на бремя доказывания не имеется. Отмечалось, что преобладающее мнение состояло в том, что необходимость в урегулировании этого вопроса в Типовом законе отсутствует и что он должен быть оставлен на разрешение на основании права государства суда. Было указано, что одно из преимуществ пересмотренного проекта состоит в устранении необходимости рассмотрения этого вопроса. В то же время было высказано мнение, что отсутствие подобной ссылки в этой статье по сравнению со статьями 34 и 36, содержащимися в этом же законе, может быть истолковано как налагающее бремя доказывания на сторону, ходатайствующую о принудительном исполнении, или как означающее, что наличие таких условий должно быть установлено третейским судом ex officio.

37. В связи с пунктом 3 *a)* пересмотренного проекта, в который включено требование о наличии "существенного вопроса относительно компетенции третейского суда", было разъяснено, что цель состоит в упрощении порядка, в котором в данном проекте статьи регулируется проблема возможного вмешательства суда в вопросы компетенции третейского суда применительно к принудительному исполнению обеспечительных мер. Конкретные критерии, излагаемые в пункте 1 *a)* (i) проекта положения о приведении в исполнение, заменены широкой ссылкой на свободу усмотрения суда при принятии решения о существовании какого-либо существенного вопроса относительно компетенции третейского суда. Далее было разъяснено, что пересмотренный проект исходит из того, что для возникновения у суда права отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры он должен убедиться не только в существовании существенного вопроса, но также и в том, что этот вопрос представляет собой надлежащее основание для отказа в признании и приведении в исполнение. Было высказано мнение, что если эта цель передается неясно, то в новой редакции пересмотренного проекта этот момент может быть разъяснен более подробно либо с помощью прямого указания на то, что этот существенный вопрос должен носить такой характер, чтобы обусловливать неуместность признания или приведения в исполнение, либо оговорив, что наличие такого вопроса обусловливает невозможность принудительного исполнения обеспечительной меры. Было указано, что этот проект текста отличается от более узкого подхода, использованного в связи с вопросами компетенции в проекте положения о приведении в исполнение, в котором в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение признается недействительность арбитражного соглашения. Такой более широкий подход (охватывающий, как было указано, и более узкий критерий действительности), который позволяет, например, регулировать вопросы о том, выходит ли разбирательство за рамки, предусмотренные действительным арбитражным соглашением, получил широкую поддержку.

38. Было высказано мнение, что вместо перечисления оснований, по которым в признании или приведении в исполнение может быть отказано, ссылка может быть сделана на общее основание нарушения публичного порядка. Хотя это предложение получило определенную поддерж-

ку, была также выражена обеспокоенность в связи с тем, что это основание может создать слишком низкое пороговое требование применительно к отказу. Было отмечено, что термин "публичный порядок" представляет собой весьма расплывчатую концепцию, которая в ряде стран считается не поддающейся определению. Было указано, что существует по крайней мере три различных вида публичного порядка: 1) внутренний публичный порядок, понимаемый как охватывающий все императивные положения национального законодательства; 2) нормы публичного порядка, специально установленные в национальном законодательстве для отношений с иностранным элементом; и 3) весьма ограниченный свод норм, установленный на транснациональном уровне и иногда называемый международным публичным порядком. Если исходить из этого последнего толкования, то ссылка на публичный порядок может также рассматриваться как устанавливающая слишком высокое пороговое требование для отказа в приведении в исполнение. С учетом этих различных толкований концепции публичного порядка судами различных государств, включение такого основания может неоправданно осложнить проект положения. Было также отмечено, что ссылка на публичный порядок может и не охватывать всех оснований, по которым в приведении в исполнение может быть отказано, в частности те условия, которые предусматриваются в подпункте (iv), в котором говорится о ситуации, когда обеспечительная мера была отменена, отложена или изменена третейским судом.

39. Было также отмечено, что при любом пересмотре подпункта *a)* пересмотренного проекта также необходимо учитывать ранее проведенные обсуждения по вопросу о требовании предоставления обеспечения в случаях вынесения определения об обеспечительных мерах.

4. Пункт 4 пересмотренного проекта

40. В связи с пунктом 4 было указано, что пересмотренный проект преследует цель учесть ранее высказанную в ходе обсуждений в Рабочей группе обеспокоенность относительно опасности того, что суд при рассмотрении ходатайства о приведении в исполнение обеспечительной меры может вмешаться в право третейского суда самому определять свою компетенцию (см. пункт 22, выше). Было отмечено, что в пункте 4 прямо предусматривается, что независимо от определения, вынесенного в отношении заявления о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры согласно пункту 3, такое определение не создает последствий для вопроса о компетенции третейского суда. Было указано, что использованная в пункте 4 формулировка не представляет собой вмешательства в действие принципа, согласно которому право вынесения окончательного определения относительно компетенции третейского суда будет принадлежать судам, которые признают и приводят в исполнение окончательное арбитражное решение. Было высказано мнение, что ссылка на "любое определение" является расплывчатой и что следует пояснить, что в данном случае подразумевается любое определение, выносимое судом. В то же время было выражено широкое согласие с тем, что к рассмотрению пункта 4 следует вернуться после завершения обсуждения подпунктов 3 *a)*, *b)*, *c)* и *d)*.

41. Завершив первоначальное рассмотрение пересмотренного проекта, Рабочая группа перешла к обсуждению оставшейся части пункта 1 проекта положения о приведении в исполнение.

5. Подпункт 1 **a)** *(ii) проекта положения о приведении в исполнение*

42. По тем же причинам, о которых говорилось в связи с подпунктом *a)* (i), было указано на отсутствие необходимости во включении прямой ссылки на бремя доказывания, поскольку порядок, при котором доказывать, что она не получила надлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, должна именно сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, является очевидным.

43. Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что в подпункте *a)* (ii) регулируется, как представляется, вопрос об обеспечительных мерах ex parte, который Рабочая группа согласилась отложить для обсуждения в последующем. Было высказано мнение, что продолжение работы над этим положением может привести к выработке правила, противоречащего любым мерам ex parte, которые могут быть впоследствии сформулированы. По этой причине было предложено исключить этот подпункт.

44. В то же время против исключения этого подпункта были высказаны возражения. Было отмечено, что если Рабочая группа в конечном итоге придет к согласию о включении положений, регулирующих обеспечительные меры ex parte, то к рассмотрению вопроса о включении подпункта *a)* (ii) можно будет вернуться. В то же время было указано, что регулирование обеспечительных мер ex parte не является первоочередной целью этого подпункта. Была отмечена необходимость проведения различия между, с одной стороны, ситуацией, когда было принято осознанное решение исключить какую-либо сторону из прений, которые привели к принятию обеспечительной меры, т. е. ситуацией, которая может быть точно описана как обеспечительная мера ex parte, и, с другой стороны, ситуацией, когда подобного решения не принималось, т. е. ситуацией, имеющей более непосредственное отношение к подпункту (ii). Было указано, например, что подпункт *a)* (ii) следует сохранить, поскольку он устанавливает гарантии для стороны в ситуации, когда третейский суд может принять решение об обеспечительной мере в отсутствие одной из сторон по ошибке, считая, что эта сторона была должным образом уведомлена. Было также указано, что основание для отказа, устанавливаемое в подпункте *a)* (ii), включено как в статью V Нью-Йоркской конвенции, так и в статью 36 Типового закона и что на этом основании его невключение в рассматриваемую статью может быть истолковано как означающее, что надлежащее уведомление о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве не имеет в контексте принудительного исполнения обеспечительных мер такого же значения, как в контексте приведения в исполнение арбитражных решений. Было также указано, что заключенный в квадратные скобки текст в подпункте *a)* (ii) следует сохранить, поскольку его цель выходит за рамки простого сохранения принципа, определяющего взаимосвязь двух компетенций. Было отмечено, что с учетом оперативного характера производства при принятии обеспечительных мер могут возникнуть трудности применительно к уведомлению противной стороны и что в случае, если этот вопрос поднимается в суде, суд может пожелать вернуть его на рассмотрение третейского суда или может пожелать оставить его на своем рассмотрении в интересах экономии времени.

45. Рабочая группа пришла к обсуждению заключенного в квадратные скобки текста в подпункте *a)* (ii). Было указано, что этот текст может быть исключен на том основании, что в нем предпринимается попытка предотвратить

вмешательство суда в право третейского суда определять свою собственную компетенцию, а этот аспект уже урегулирован должным образом согласно предлагаемому пункту 4 пересмотренного текста. В поддержку сохранения текста, заключенного в квадратные скобки, было указано, что он может создать определенные возможности для проявления гибкости, поскольку суду будет разрешено приостановить разбирательство, например в случаях, когда имеет место спор по вопросу о том, было ли какой-либо из сторон направлено надлежащее уведомление. Были внесены предложения по улучшению редакции формулировки, заключенной в квадратные скобки. Одно из них состояло в том, чтобы добавить слова, указывающие на то, что суд может приостановить производство по принудительному исполнению до того момента, пока сторонам не будет предоставлена возможность изложить свое дело в третейском суде. Другое предложение заключалось в том, что суд может приостановить производство по принудительному исполнению до того момента, пока все стороны не будут уведомлены надлежащим образом. Рабочая группа приняла эти предложения к сведению и просила Секретариат учесть их при подготовке нового пересмотренного проекта для рассмотрения на более позднем этапе.

6. Подпункт a) *(iii) проекта положения о приведении в исполнение*

46. Было указано, что подпункт *a)* (iii), в соответствии со статьей V Нью-Йоркской конвенции и статьей 36 Типового закона, не преследует цели регулирования исключительной ситуации, когда решение о мерах было принято ex parte, а в более общем плане касается ситуации, когда, в силу самых разнообразных причин, сторона не смогла изложить свои аргументы по делу. Содержание этого подпункта было сочтено в целом приемлемым. Были высказаны сомнения относительно полезности заключенной в квадратные скобки формулировки в конце этого подпункта. Было указано, что эта приводимая в квадратных скобках формулировка описывает только один из многочисленных вариантов решений, которые, как правило, будут иметься в распоряжении государственного суда согласно национальному праву, в случае если какой-либо стороне не было предоставлено полной возможности изложить свои аргументы согласно статье 18 Типового закона. С этой точки зрения заключенная в квадратные скобки формулировка будет полезна только в той маловероятной ситуации, когда национальные процессуальные нормы не позволяют суду выносить постановление о приостановлении разбирательства. Рабочая группа приняла это мнение к сведению и согласилась продолжить его обсуждение на более позднем этапе. В ответ на предложение о замене слов "суд может приостановить разбирательство" словами "суд приостанавливает разбирательство" было указано, что если заключенная в квадратные скобки формулировка будет в конечном итоге сохранена, то важно будет сохранить и возможно более широкую свободу усмотрения суда, а этого результата можно лучше всего достичь путем использования глагола "может".

7. Подпункт a) *(iv) проекта положения о приведении в исполнение*

47. Содержание подпункта *a)* (iv) было сочтено в целом приемлемым. Были высказаны различные мнения по вопросу о возможных улучшениях его формулировки. Одно из предложений состояло в том, что в этом проекте предложения следует рассмотреть ситуацию, когда обеспечительная мера, особенно если она была вынесена в форме решения, отменяется судом в стране проведения арбитража. Было высказано мнение, что в этот проект положения, возможно, потребуется добавить формулировку, аналогичную статье 36(1) *a)* (v) Типового закона. Другое мнение состояло в том, что Рабочей группе следует изучить последствия принятия обеспечительных мер в форме решения для применимости других положений Типового закона, например статьи 31. В ответ было указано, что независимо от того, используется ли при принятии обеспечительной меры слово "решение", такую меру нельзя рассматривать как арбитражное решение для целей применения Типового закона. По мнению ряда делегаций, в строго терминологическом смысле ни одну обеспечительную меру нельзя рассматривать в качестве арбитражного решения, поскольку по своей природе она является временной и поскольку не предпринимается попытки окончательно разрешить спор полностью или частично (см. пункт 25, выше). Было отмечено, что такое толкование понятия "арбитражное решение" может вызвать необходимость в новом рассмотрении текста проекта статьи 17. Было предложено проявлять осторожность в вопросе о регулировании ситуации, когда обеспечительная мера отменена иностранным судом. Было указано, что открытие дискуссии по этому вопросу может создать трудную ситуацию, когда возникнет необходимость в установлении стандартов для оказания помощи судам в определении приемлемых принципов применительно к отмене обеспечительных мер и применительно к случаям, когда обеспечительная мера должна быть исполнена в принудительном порядке, даже если она была отменена судом в другой стране. С тем чтобы снять некоторые вышеуказанные моменты, вызвавшие обеспокоенность, было предложено добавить в конце подпункта (iv) слова "или по распоряжению компетентного суда". Было достигнуто согласие с тем, что Секретариату следует учесть эти предложения при подготовке нового пересмотренного проекта для продолжения обсуждения на более позднем этапе.

8. Подпункт b) *(i) проекта положения о приведении в исполнение*

48. Было предложено исключить слово "процессуальное" из подпункта *b)* (i) по той причине, что оно, как представляется, является слишком узким с учетом возможного существования обстоятельств, когда суд может пожелать отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры на том основании, что она несовместима с полномочиями, возлагаемыми на суд в силу действующих в его государстве материально-правовых норм. Кроме того, поддержка была выражена исключению слова "процессуальное" на том основании, что в процессуальных законах различных правовых систем имеются значительные расхождения. Хотя в отношении этого предложения были высказаны оговорки, в конечном итоге было достигнуто согласие с тем, что слово "процессуальное" может быть исключено из пересмотренного проекта.

49. Был задан вопрос о том, не будет ли иметь исключение слова "процессуальное" негативных последствий для проекта пункта 4 проекта положения о приведении в исполнение, в котором суду запрещается изменять существо обеспечительной меры. В этой связи было высказано мнение, что пункт 4 может быть объединен с пунктом 1 *b)* (i). Было достигнуто согласие с тем, что Секретариату следует попытаться объединить пункт 1 *b)* (i) и пункт 4 в пересмотренном тексте, который будет подготовлен для обсуждения на одной из будущих сессий.

9. Подпункт b) *(ii) проекта положения о приведении в исполнение*

50. Было высказано мнение, что слова "этого государства" следует исключить из проекта пункта. Было отмечено, что, хотя формулировка "данное государство" встречается в статье 36(1) *b)* (i) Типового закона, это упоминание было сделано в связи со ссылкой на "законы данного государства", а поскольку такой ссылки в проекте положения о приведении в исполнение не содержится, было сочтено, что излишней является также и ссылка на "это государство" в подпункте *b)* (ii).

51. Было также высказано мнение, что если Рабочая группа намеревается охватить все три толкования концепции публичного порядка (т. е. внутренний публичный порядок, публичный порядок как часть международного частного права и истинный публичный порядок транснационального характера, как это обсуждалось ранее (см. пункт 38)), то ссылка на публичный порядок "этого государства" будет, как представляется, излишне ограничительной. В этой связи было предложено сделать ссылку на международный публичный порядок. Однако это предложение не получило поддержки по той причине, что концепция международного публичного порядка все еще является расплывчатой и этот термин понимается неединообразно; было высказано мнение, что включение слова "международный" в данном контексте может усложнить текст, что являлось бы неоправданным. Было отмечено, что Рабочая группа разрабатывает нормативные положения не в обстановке вакуума, а в условиях, когда в каждом государстве уже действуют многочисленные правила. Было также отмечено, что судебная практика по вопросам, связанным с публичным порядком, является весьма сложной и что в рамках обсуждения в Рабочей группе были лишь слегка затронуты многочисленные различия между публичным порядком, транснациональным публичным порядком и международным публичным порядком, которые признаются судами в разных государствах. Далее было указано, что обсуждение различий и содержания каждой из этих концепций отнюдь нельзя считать завершенным и что отход в новом типовом законодательном положении от формулировок, использованных в статье V Нью-Йоркской конвенции и статье 36(1) *b)* (ii) Типового закона, может подорвать устанавливаемый согласно этим документам порядок и, возможно, привести к расширению концепции публичного порядка. В ответ было указано, что независимо от формулировок, использованных как в Типовом законе, так и в Нью-Йоркской конвенции, Рабочая группа может воспользоваться создаваемой подготовкой типового положения возможностью и признать, что с момента завершения работы над Типовым законом термин "международный публичный порядок" получил развитие в юриспруденции. Было также указано, что, поскольку Рабочая группа выразила намерение создать систему sui generis применительно к принудительному исполнению обеспечительных мер, ссылка на международный публичный порядок для признания новых моментов, появившихся в юриспруденции, могла бы оказаться полезной.

52. После обсуждения возобладало мнение, что термин "международный публичный порядок" отражает недостаточно ясную концепцию, поскольку ей могут быть даны различные толкования. Было высказано предположение, что понятие "международный публичный порядок" может охватываться концепцией "публичного порядка этого государства". Было также высказано предположение, что, поскольку может быть сочтено, что слова "публичный порядок этого государства" могут создать впечатление, что речь идет о внутреннем публичном порядке, полезным может оказаться включение слов "публичный порядок, признаваемый судом". Было выражено мнение, что эта формулировка может охватывать международный публичный порядок, когда он признается в качестве такового судами того или иного государства.

10. Пункт 2 проекта положения о приведении в исполнение

53. Было выражено мнение, что положение, содержащееся в пункте 2 проекта положения о приведении в исполнение, следует рассмотреть с точки зрения возможности включения в пункт 1 в качестве еще одного основания, по которому суд государства может отказать в приведении в исполнение обеспечительной меры, вынесенной третейским судом. С учетом предположения о возможном последующем объединении пунктов 1 и 2 Рабочая группа перешла к рассмотрению содержания пункта 2.

54. Было указано на очевидное отсутствие ясности в связи с содержанием пункта 2. Ряд делегаций придерживались мнения, что в этом положении рассматривается ситуация, когда сторона подает заявление о приведении в исполнение одной и той же обеспечительной меры, вынесенной третейским судом, в несколько судов, расположенных либо в одном и том же государстве, либо в различных государствах. Было отмечено, что подача заявления о принудительном исполнении какой-либо конкретной обеспечительной меры в несколько государственных судов не должна, сама по себе, создавать достаточного основания для отказа в приведении в исполнение. Было отмечено, что подача таких заявлений о приведении в исполнение может быть оправдана, например, в случаях, когда активы ответчика расположены в местах, на которые распространяется юрисдикция различных судов. Другие делегации отметили, что пункт 2 на самом деле преследует цель рассмотреть один из вариантов действий, который может признаваться за сторонами и который может состоять в подаче заявлений об обеспечительных мерах как в суд принимающего государства, так и в третейский суд (с последующим заявлением в суд принимающего государства о принудительном исполнении обеспечительной меры, о которой распорядился третейский суд). Было выражено широкое согласие с тем, что с помощью пункта 2 охватить предполагалось именно эту последнюю ситуацию. Предложение о включении в Типовой закон положения, наделяющего суды свободой усмотрения в вопросе о координации судебной помощи, с тем чтобы избежать коллизии между различными обеспечительными мерами, получило ограниченную поддержку. Было указано, что включение подобного положения потребует обширного пересмотра текста с целью разъяснения существа и цели этого положения. В то же время широкую поддержку получило мнение, что необходимости во включении положения, так подробно регламентирующего столь редко возникающую ситуацию, не имеется. Было достигнуто общее согласие с тем, что вопрос о возможной коллизии между обеспечительными мерами, запрошенными у третейского суда, и обеспечительными мерами, запрошенными у государственных судов, должен быть оставлен на разрешение на основании применимого права. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить пункт 2.

11. Пункт 4 пересмотренного проекта (продолжение)

55. Рабочая группа вернулась к рассмотрению пункта 4 пересмотренного проекта, как он излагается в пункте 30, выше (ранее проведенные обсуждения см. пункт 40, выше).

56. Было отмечено, что ранее Рабочая группа согласилась добавить слово "судом" после слова "вынесенное", с тем чтобы пояснить, что в этом пункте речь идет о судах, а не о третейских судах, а также уточнить связь этого пункта с пунктом 3 пересмотренного проекта. К Секретариату была обращена просьба соответствующим образом пересмотреть этот текст при подготовке нового пересмотренного проекта для обсуждения на одной из последующих сессий.

12. Возможные изменения структуры пункта 1 проекта положения о приведении в исполнение

57. Перед завершением обсуждения индивидуальных оснований для отказа в приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, было указано, что одним из результатов, достигнутых Рабочей группой, явилось приведение таких различных оснований в большее соответствие с основаниями, перечисленными в статьях 35 и 36 Типового закона и в статье V Нью-Йоркской конвенции. Поэтому вместо формулирования каждого такого отдельного основания было предложено сформулировать данный пункт в виде общей ссылки на "положения статей 35 и 36" с указанием при необходимости возможных исключений в тех случаях, когда этот пункт предусматривает отклонение от положений статей 35 и 36. Это предложение, как отмечалось, не только предусматривает более сжатую формулировку, но также позволяет ограничить риск, который может возникнуть из-за отсутствия параллелизма между основаниями для отказа в приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, и основаниями для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения в соответствии со статьями 35 и 36. Предлагаемая пересмотренная формулировка, как отмечалось, позволит, например, избежать возникновения любых сомнений по вопросу о том, предназначена ли общая ссылка на юрисдикцию третейского суда в проекте положения о приведении в исполнение для охвата ситуации, когда спор не относится к компетенции третейского суда, наряду с другими связанными с юрисдикцией основаниями для отказа в приведении в исполнение. Это предложение получило определенную поддержку. В то же время было высказано мнение, что в Типовом законе желательно подробно изложить положения, применимые в отношении приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, поскольку политические и юридические соображения, касающиеся приведения в исполнение таких мер, существенно отличаются от соображений, касающихся приведения в исполнение арбитражного решения. Общую поддержку получило мнение, что при формулировании этого положения следует избегать необоснованных отклонений от текста статей 35 и 36. 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 ввели в действие Типовой закон. После обсуждения Секретариату было предложено подготовить новое пересмотренное положение и учесть при этом все изложенные выше мнения и предложения, а также рассмотреть возможность разработки альтернативных вариантов, с тем чтобы Рабочая группа имела конкретные тексты при дальнейшем обсуждении этого вопроса на одной из будущих сессий.

58. Обсуждения сосредоточились также на вопросе о том, следует ли в проекте положения о приведении в исполнение по аналогии со статьей 36 проводить разграничение между, с одной стороны, ситуацией, охватываемой статьей 36(1) *a)*, когда основания для отказа в приведении в исполнение рассматриваются судом "по просьбе стороны, против которой" предписана обеспечительная мера, и такая сторона "представит достаточные доказательства" того, что в приведении в исполнение должно быть отказано, и, с другой стороны, ситуацией, охваченной в статье 36(1) *b)*, когда суд по своей собственной инициативе "найдет", что существует основание для отказа в приведении в исполнение. Было указано, что в ходе предшествующих обсуждений для избежания проблем, которые могут возникнуть вследствие распределения бремени доказывания, Рабочая группа решила, что все основания для отказа в приведении в исполнение обеспечительной меры должны излагаться в проекте положения о приведении в исполнение после формулировки "суд удостоверился в том" (см. выше, пункты 35 и 36).

59. Было высказано мнение, что при рассмотрении возможной необходимости дифференцированного подхода к различным основаниям в соответствии с пунктом 1 необходимо учитывать следующие три вопроса: 1) на какую сторону должно возлагаться бремя доказывания; 2) каким будет применимый стандарт доказывания; и 3) по чьей инициативе или просьбе суд будет рассматривать возможные основания для отказа в приведении в исполнение.

60. По вопросу о том, на какую сторону должно возлагаться бремя доказывания, было высказано мнение, что распределение бремени доказывания должно производиться по аналогии с порядком, установленным в статье 36 Типового закона. В то же время было указано, что статью 36(1) *a)* (ii) Типового закона, например, не следует толковать как обязывающую сторону, против которой вынесено решение, нести бремя доказывания негативного факта, состоящего в том, что она не получила надлежащего уведомления. После обсуждения Рабочая группа подтвердила вывод о том, что в проекте положения о приведении в исполнение не должно содержаться каких-либо указаний в отношении распределения бремени доказывания и что этот вопрос должен решаться в соответствии с применимым правом. В ходе обсуждения были выражены сомнения в отношении того, что регулирование вопроса о бремени доказывания в соответствии с внутренним правом будет способствовать более широкому применению арбитражного разбирательства. Было указано, что Конвенция о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Женева, 1927 год) не содержит четких положений по этому вопросу. Напротив, подход, применяемый в Нью-Йоркской конвенции, предусматривает, что бремя доказывания возлагается на сторону, выступающую против приведения в исполнение (такой подход часто именуется "предубеждением в отношении приведения в исполнение"). В проекте положения о приведении в исполнение было предложено использовать аналогичный подход. В ответ было указано, что в тех случаях, когда обеспечительная мера предписывается без полного анализа всех фактов, касающихся спора, на раннем этапе разбирательства "предубеждение в отношении приведения в исполнение" может оказаться необоснованным подходом,

поскольку такой подход предусматривается в отношении решения по существу дела.

61. В отношении стандарта доказывания широкую поддержку получило мнение, что срочная необходимость в принятии обеспечительных мер и временный характер обеспечительной меры, по-видимому, свидетельствуют о том, что при рассмотрении вопроса о приведении в исполнение такой меры суду следует применять стандарт prima facie в отличие от более жесткого стандарта доказывания, который обычно подлежит применению при рассмотрении вопроса о приведении в исполнение арбитражного решения по существу дела. Тем не менее преобладающее мнение заключалось в том, что вопрос о стандарте доказывания не следует подробно рассматривать в проекте положения о приведении в исполнение и что этот вопрос лучше регулировать в соответствии с применимым правом.

62. По вопросу о том, следует ли рассматривать основания для отказа в приведении в исполнение только по просьбе заинтересованной стороны или же на такие основания может ссылаться суд по собственной инициативе, было высказано мнение, что следует провести соответствующее разграничение по аналогии с подпунктами *a)* и *b)* пункта 1 статьи 36 Типового закона. Был предложен следующий текст:

"В признании или в приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано лишь:

a) по просьбе стороны, если суд удостоверяется в том, что...

[все подпункты, содержащиеся в подпункте 1 *a)* проекта положения о приведении в исполнение]; или

b) если суд [найдет] [удостоверится в том], что…

[все подпункты, содержащиеся в подпункте 1 *b)* проекта положения о приведении в исполнение]".

63. Секретариату было предложено принять во внимание это предложение при подготовке нового пересмотренного проекта положения о приведении в исполнение с возможными вариантами для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

13. Сноска к пункту 1 проекта положения о приведении в исполнение

64. После этого Рабочая группа приступила к рассмотрению текста, содержащегося в сноске к пункту 1. Было указано, что содержащийся в этой сноске текст в значительной степени соответствует положениям, изложенным в сноске к статье 35(2) Типового закона. Была выражена общая поддержка включению такой сноски, хотя было высказано мнение, что слово "должен", которое дважды используется в этой сноске, следует заменить словом "может". Это предложение получило поддержку.

65. Другое высказанное мнение состояло в том, что в контексте приведения в исполнение обеспечительных мер можно было бы предусмотреть использование другого подхода по сравнению с подходом, применяемым в отношении приведения в исполнение арбитражных решений. Поскольку обеспечительные меры часто предписываются без проведения третейским судом полного анализа обстоятельств спора и поскольку основания, перечисленные в пункте 1 проекта положения о приведении в исполнение, призваны защитить сторону, против которой предписывается обеспечительная мера, было высказано мнение, что, возможно, не следует поощрять государства устранять такие гарантии. В порядке возражения было указано, что, поскольку существующее положение касается приведения в исполнение обеспечительных мер inter partes, такая сноска сопоставима со сноской в статье 35(2) Типового закона и что поэтому ее следует сохранить. Было также указано, что при определении целесообразности сохранения сноски Рабочей группе следует применять сбалансированный подход, одновременно учитывая необходимость согласования с типовым законом и риск злоупотреблений, и, когда такой риск является незначительным, ей следует воздерживаться от принятия положений, отклоняющихся от Типового закона.

66. Приняв во внимание оговорки, высказанные в отношении включения такой сноски в контексте приведения в исполнение обеспечительных мер, Рабочая группа решила сохранить эту сноску, заменив слово "должен" по тексту сноски словом "может".

14. Пункт 3 проекта положения о приведении в исполнение

67. В отношении пункта 3 было указано, что этот пункт основан на принципе, в соответствии с которым сторона, ходатайствующая о приведении в исполнение обеспечительной меры, должна быть обязана информировать суд о любом прекращении, приостановлении или изменении такой меры. Была выражена широкая поддержка в отношении этого принципа.

68. Было указано, что, поскольку в этом положении отражен принцип добросовестности, подобное обязательство можно было бы возложить на обе стороны. Было указано, что этот пункт может действовать в двух различных обстоятельствах. Первая ситуация возникает, когда другая сторона не возражает против приведения в исполнение обеспечительной меры. В этом случае бремя доказывания того, что обеспечительная мера соответствует тому, что было предписано третейским судом, несомненно, лежит на стороне, ходатайствующей о приведении в исполнение. Вторая ситуация возникает, когда высказывается возражение в отношении приведения в исполнение, и в этом случае, как отмечалось, ответственность должны нести обе стороны. Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что обязательство направлять уведомление следует возлагать только на сторону, ходатайствующую о приведении в исполнение обеспечительной меры, поскольку решения о принудительном исполнении обеспечительных мер часто принимаются на основе ex parte и постановление о приведении в исполнение зачастую предусматривает такие санкции, как штрафные неустойки, штрафы или заключение о неуважении к суду.

69. Было высказано мнение, с которым согласилась Рабочая группа, что обязательство направлять уведомление действует также и в период после вынесения постановления о приведении в исполнение. Для отражения этой идеи было решено заменить формулировку "сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение" словами "сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение, или ходатайство которой удовлетворено".

70. Было высказано мнение, что это положение является неполным и в нем не рассматриваются такие последствия, как ответственность за ущерб, если сторона не выполняет это обязательство. Тем не менее преобладающее мнение

состояло в том, что вопрос о режиме ответственности целесообразнее решать в соответствии с применимым национальным правом.

71. Было указано, что цель уведомления суда в соответствии с пунктом 3 заключается в том, чтобы позволить суду принять исправительные меры, например прекратить, приостановить или изменить свое собственное постановление о приведении в исполнение. Согласно одному мнению, было бы целесообразно прямо указать, что суд уполномочен принимать такие исправительные меры в свете изменения обстоятельств, о котором он уведомляется. Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что суды уже обладают существенными возможностями в отношении принятия надлежащих мер в соответствии с национальными процессуальными нормами и что поэтому нет необходимости формулировать унифицированные положения по данному вопросу. В связи с этим было указано, что уведомление суда об изменении обстоятельств не является достаточным основанием для изменения судом его постановления о приведении в исполнение и что для этого требуется просьба одной из сторон. Этот вопрос, по мнению Рабочей группы, также должен решаться в соответствии с применимым процессуальным правом.

15. Предложение относительно нового положения об обеспечении в отношении просьб о приведении в исполнение

72. После этого Рабочая группа перешла к рассмотрению вопроса о том, следует ли наделять суд, получающий ходатайство о приведении в исполнение обеспечительной меры, полномочиями требовать от заявителя предоставить обеспечение. Было высказано мнение, что вопрос об обязательности предоставления обеспечения при направлении ходатайства о приведении в исполнение обеспечительной меры следует решать на основании внутреннего права. Было указано, что, поскольку в соответствии с проектом статьи 17 третейский суд уполномочен требовать предоставления обеспечения при вынесении постановления об обеспечительных мерах, было бы целесообразно предоставить аналогичные полномочия суду, когда он приводит в исполнение обеспечительную меру. Было высказано мнение, что полномочия требовать предоставления обеспечения следует предусмотреть в качестве дискреционных, а не обязательных полномочий. Такие полномочия, как отмечалось, имеют особое значение, если необходимо связать обязательствами третьи стороны, на которые не распространяется обеспечительная мера, предписанная третейским судом.

73. Широкую поддержку получило мнение, что суд должен обладать полномочиями требовать предоставления обеспечения, если никакого постановления о предоставлении обеспечения не было принято третейским судом в момент предписания обеспечительной меры. Тем не менее было выражено беспокойство в связи с возможностью применения таких полномочий в том случае, когда третейский суд вынес подобное постановление, в результате чего может возникнуть несоответствие между такими постановлениями. Было также указано, что заявитель рискует оказаться в невыгодном положении в результате направления ходатайства о приведении в исполнение, если обязательство, налагаемое судом, будет дополнять обязательство, уже предписанное третейским судом. В связи с этим было высказано мнение, что ситуацию, когда обеспечение запрашивается судом в контексте ходатайства о приведении в исполнение обеспечительной меры, предписанной третейским судом, следует отличать от ситуации, когда ходатайство о принятии обеспечительной меры направляется непосредственно суду. Было высказано мнение, что любая возможная коллизия между обеспечением, предписанным третейским судом, и обеспечением, предписанным судом, может быть урегулирована самим судом, и в этом положении, таким образом, следует просто отразить, что суд обладает дискреционными полномочиями выносить постановление о предоставлении обеспечения при приведении в исполнение обеспечительной меры.

74. Тем не менее было выражено беспокойство в связи с тем, что в результате таких полномочий возникает опасность того, что суд может пересмотреть решение третейского суда в отношении надлежащего уровня обеспечения. Было указано, что одним из методов снижения такого риска является ограничение полномочий суда выносить постановление о предоставлении обеспечения в результате включения текста, предусматривающего, что суд не обладает полномочиями выносить постановление о предоставлении обеспечения в том случае, если предоставление обеспечения уже предписано третейским судом. Было указано, что это позволит охватить любое, будь то положительное или отрицательное, решение, принимаемое арбитражным судом в отношении обеспечения, а также будет предусматривать возможность вынесения постановления о предоставлении обеспечения в отношении третьих сторон.

75. После завершения этих обсуждений Секретариату было предложено подготовить пересмотренный текст, содержащий различные варианты, которые обсуждались Рабочей группой. Было дано разъяснение в отношении того, что подобные варианты должны содержать положение, указывающее, что суд обладает полномочиями выносить постановление о предоставлении обеспечения, наряду с заключенным в квадратные скобки текстом о том, что такие полномочия могут применяться только в случае, когда третейский суд не вынес постановления в отношении обеспечения. В соответствии с другим вариантом такие полномочия должны предусматривать право выносить постановление о предоставлении обеспечения, когда третейский суд вынес аналогичное постановление, однако, по мнению суда, такое постановление является неуместным или недостаточным в существующих обстоятельствах. Согласно еще одному предложенному варианту в этом положении следует просто предусмотреть, что суд обладает дискреционными полномочиями выносить постановление о предоставлении обеспечения в отношении издержек и что вопрос о масштабах таких полномочий, а также о любой потенциально возможной коллизии с ранее принятым решением третейского суда в отношении обеспечения будет решаться судом не в соответствии с Типовым законом, а в соответствии с другими соответствующими нормами. В качестве еще одного варианта следует отразить связанное с этим предложение, которое получило поддержку и в соответствии с которым в этом положении следует ограничить полномочия суда только решением вопроса о том, следует ли приводить в исполнение обеспечительные меры. В связи с этим была проведена аналогия с ситуацией, когда суд получает просьбу вынести определение относительно приведения в исполнение иностранного судебного решения в рамках производства exequatur. Был также предложен еще один вариант, в соответствии с которым полномочия суда выносить постановление о предоставлении обеспечения должны быть ограничены только рассмотрением вопросов, касающихся прав третьих сторон.

IV. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ СУДОМ

76. Рабочая группа рассмотрела возможный проект положения, устанавливающий полномочия суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства, на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункты 75–81) и, в частности, проект положения следующего содержания:

"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".

77. Была выражена общая поддержка в отношении положения, которое будет наделять суд полномочиями предписывать обеспечительные меры независимо от того, в какой стране проводится арбитражное разбирательство. Были высказаны различные мнения относительно критериев и стандартов для предписания таких мер. Согласно одному мнению, суд должен применять свои собственные процессуальные нормы и стандарты. В соответствии с другим мнением, следует отдать предпочтение критериям и стандартам, изложенным в статье 17. Было в целом признано, что любая ссылка на существующие стандарты должна обеспечивать определенную свободу действий, с тем чтобы суд мог адаптироваться к особым условиям международного арбитражного разбирательства.

78. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект, который будет содержать варианты, отражающие изложенные выше мнения. Было указано, что сфера действия такого положения не соответствует правилу о территориальности, закрепленному в Типовом законе. Широкую поддержку получило мнение, что при подготовке пересмотренного проекта следует уделить внимание возможной необходимости пересмотра статьи 1(2), с тем чтобы предусмотреть возможность исключения в отношении территориального применения Типового закона.

D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать восьмой сессии: урегулирование коммерческих споров: обеспечительные меры

(A/CN.9/WG.II/WP.123) [Подлинный текст на английском языке]

ЗАПИСКА СЕКРЕТАРИАТА

1. На своей тридцать шестой сессии в марте 2002 года Рабочая группа возобновила обсуждения по вопросу о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/508, пункты 51–94; ранее состоявшиеся 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 проект текста о пересмотре статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74) (далее в тексте "предложение Секретариата").

2. В начале тридцать седьмой сессии в октябре 2002 года было принято решение о том, что Рабочая группа продолжит свою работу на основе представленного Соединенными Штатами Америки предложения (A/CN.9/ WG.II/WP.121) (далее в тексте "предложение Соединенных Штатов"), в котором содержится пересмотренный вариант проекта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принимая также во внимание предложение Секретариата.

3. Настоящая записка подготовлена на основе результатов обсуждений и решений тридцать седьмой сессии Рабочей группы. Для содействия возобновлению обсуждений ниже приводится текст (далее в тексте "пересмотренный проект"), в котором излагается новый пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, подготовленный с учетом результатов обсуждений и решений, принятых на тридцать седьмой сессии Рабочей группы.

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 [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 обо 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.]

ПРИМЕЧАНИЯ

Пункт 1

4. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа указала, что пункт 1 предложения Соединенных Штатов соответствует тексту, который ранее обсуждался Рабочей группой. Рабочая группа сочла существо этого пункта в целом приемлемым, однако высказала предположение о том, что слова "распорядиться о принятии другой стороной обеспечительных мер" могут необоснованно ограничивать сферу применения этого положения, и предложила заменить эти слова формулировкой "предписать обеспечительные меры" (A/CN.9/523, пункт 34). Это предложение учтено в пересмотренном проекте текста.

Пункт 2

Место пункта 2 и общее замечание

5. Текст, содержащийся в настоящее время в пункте 2 пересмотренного проекта (ранее пункт 4 предложения Секретариата), обсуждался на тридцать шестой сессии Рабочей группы, и было решено поместить его сразу же после пункта 1 (A/CN.9/508, пункт 64). Существенные положения этого пункта частично основаны на положениях проекта конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданско-правовым и коммерческим вопросам, на промежуточном тексте Гаагской конференции по международному частному праву 2001 года (частично воспроизводится в документе A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 71).

Вводная часть – понятие "обеспечительных мер"

6. На тридцать седьмой сессии Рабочая группа была информирована о том, что пункт 2 предложения Соединенных Штатов призван отразить результаты обсуждений на тридцать шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/508, пункты 64–76). Было указано, что ссылка на "временное решение" противоречит преобладавшему на этой сессии мнению относительно нецелесообразности определять такое решение как "частичное" или "обеспечительное" (см. A/CN.508, пункт 66, и A/CN.9/523, пункт 36). Были также выражены сомнения в отношении целесообразности использования понятия "отражения" обеспечительной меры в решении. С учетом результатов обсуждений, проведенных на тридцать седьмой сессии Рабочей группы, пункт 2 пересмотренного проекта содержит следующую формулировку: "Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме" (A/CN.9/523, пункт 36).

Подпункты a) *и* b) *– "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения"*

7. Слова "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения", содержащиеся в подпунктах *a)* и *b)* пересмотренного проекта, были включены в текст на основании предложения Соединенных Штатов. Эта формулировка, как представляется, содержит слова, которые были использованы в варианте, рассмотренном Рабочей группой на ее тридцать шестой сессии в качестве отдельного пункта для описания обеспечительной меры (см. пункт 4 *b)* варианта 2, A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74, который воспроизводится в документе A/CN.9/508, пункт 51). Тем не менее эти слова в том виде, в каком они включены в подпункты *a)* и *b)* пересмотренного проекта, в полном объеме не обсуждались, и Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не приводит ли такая формулировка к необоснованному ограничению сферы применения этих положений.

Подпункты a), b) *и* c) *– "последующее решение"*

8. Для избежания проблемы, связанной с определением термина "окончательное решение", содержащегося в пунктах 2 *a)*, *b)* и *c)* текста предложения Соединенных Штатов, в пунктах 2 *a)*, *b)* и *c)* пересмотренного проекта была использована более нейтральная формулировка ("последующее решение") для указания на любое решение, которое может быть принято в любой последующий момент времени.

Подпункт b) *– сфера применения положения*

9. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа в целом сочла, что сферу действия подпункта *b)* пересмотренного проекта (ранее пункт 4 *c)* варианта 1, A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74) следует расширить для охвата также и случаев, когда цель обеспечительной меры состоит не в пресечении каких-либо действий, а в предписании надлежащего поведения (A/CN.9/508, пункт 75). Аналогично, было сочтено, что сфера действия этого положения должна охватывать не только меры, вынесенные в отношении ответчика, но также и меры, вынесенные в отношении других сторон арбитражного разбирательства. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли текст пересмотренного проекта надлежащим образом эти предложения.

Подпункт c)

10. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа согласилась заменить весь текст подпункта *c)* предложения Соединенных Штатов "предоставить обеспечение в отношении исполнения окончательного решения, включая решение о погашении расходов" формулировкой следующего содержания: "предоставить в предварительном порядке средства обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено арбитражное решение" (A/CN.9/523, пункт 37). В результате такого решения восстанавливается формулировка, использованная в предложении Секретариата (ранее пункт 4 *b)* варианта 1 в документе A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74, который воспроизводится в документе A/CN.9/508, пункт 51).

Подпункт d)

11. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа решила, что в целях облегчения вынесения обеспечительных мер, направленных на предупреждение уничтожения доказательств, в пункте 2 следует упомянуть о "мерах, направленных на создание предварительных средств сохранения доказательств" (A/CN.9/508, пункт 76). Подпункт *d)* пересмотренного проекта, в котором содержится ссылка на необходимость "сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально-правовое значение для урегулирования спора", не обсуждался на тридцать седьмой сессии Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности такой формулировки.

Неисчерпывающий характер перечня обеспечительных мер

12. Перед завершением обсуждения на тридцать седьмой сессии Рабочей группы было вновь указано, что на предыдущей сессии Рабочая группа решила, что следует со всей ясностью указать на то, что перечень обеспечительных мер, упомянутых в различных подпунктах, не предполагалось сделать исчерпывающим (A/CN.9/508, пункт 71). Было указано, что перечень, содержащийся в пересмотренном тексте, является исчерпывающим. В ответ было указано, что в пересмотренном пункте 2 уже более не содержится перечня отдельных обеспечительных мер, которые могут быть предписаны третейским судом. Вместо этого в пересмотренном положении упоминается "любая временная мера", что обеспечивает открытую формулировку. Кроме того, в этом положении перечислены различные цели, для которых может быть предписана обеспечительная мера. Если в пересмотренном перечне будут охвачены все такие цели, то не будет необходимости указывать на неисчерпывающий характер перечня. Хотя это разъяснение было в целом принято, Рабочая группа решила про-

вести дополнительные консультации перед вынесением окончательного решения по вопросу о том, охватывает ли существующая формулировка все возможные основания для вынесения решения об обеспечительных мерах. Было решено продолжить обсуждение этого вопроса на одной из будущих сессий (A/CN.9/523, пункт 38).

Пункт 3

Вводная часть

13. Вводная часть пункта 3 пересмотренного проекта была упрощена, с тем чтобы избежать необоснованного повторения содержания пункта 1, и в настоящее время она отражает первоначальный текст, содержавшийся в пункте 2 предложения Секретариата. Кроме того, пункт 3 был пересмотрен для включения ряда других глаголов, помимо слова "демонстрирует", поскольку было выражено беспокойство в связи с тем, что этот термин может означать весьма высокий стандарт доказывания (A/CN.9/523, пункт 40; ранее проведенное обсуждение см. A/CN.9/508, пункт 55).

Исключение ссылки на "безотлагательную необходимость принятия меры"

14. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа решила, что безотлагательная необходимость принять обеспечительные меры не должна являться общей характерной чертой обеспечительных мер, а должна рассматриваться в качестве одного из конкретных требований для предписания обеспечительной меры ex parte, если в результате такой настоятельной необходимости направление уведомлений другой стороне оказывается практически невозможным (A/CN.9/523, пункты 29 и 41). Ссылка на настоятельную необходимость принять обеспечительные меры была перенесена в пункт 7 *a)* (i) пересмотренного проекта (ранее пункт 4 предложения Соединенных Штатов), в котором рассматриваются обеспечительные меры ex parte.

Подпункт a)

15. Пункт 3 *a)* пересмотренного проекта (ранее пункт 3 *b)* предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом предложения заменить слова "стороне, выступающей против принятия такой меры" словами "стороне, затрагиваемой такой мерой", а также заменить слова "и такой вред" словами "и подобный вред" (A/CN.9/523, пункт 42). Было высказано мнение, что слова "непоправимый вред" могут породить путаницу в связи с использованием в пункте 2 *b)* слов "нынешнего или неизбежного будущего ущерба", и в результате возникает опасность того, что критерии, установленные в пункте 3, могут быть истолкованы как относящиеся только к мерам, которые предписываются для целей пункта 2 *b)*. Рабочая группа приняла к сведению это мнение (A/CN.9/523, пункт 42). Следует напомнить, что на тридцать шестой сессии Рабочей группы широкую поддержку получило мнение, что это положение должно основываться на принципе "взаимоприемлемости", согласно которому оценка степени вреда, который понесет заявитель, в случае если обеспечительная мера не будет предписана, должна быть сопоставлена с оценкой вреда, который понесет сторона, возражающая против такой меры, в случае, если такая мера будет предписана. Кроме того, было высказано мнение, что количественный подход, отраженный в словах "значительный вред", может привести к возникновению неопределенности в отношении того, какая степень вреда должна рассматриваться достаточно "значительной" для обоснования принятия определенных временных мер. Было предложено использовать ссылку на понятие "невозместимости вреда", которое в большей степени отражает качественный аспект (A/CN.9/508, пункт 56). Текст пересмотренного проекта отражает ранее принятое решение Рабочей группы. Более широкое определение обеспечительных мер в соответствии с пунктом 2, как представляется, не противоречит необходимости представления стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер, доказательств в отношении непоправимого вреда.

Подпункт b)

16. В соответствии с предложением, высказанным на тридцать седьмой сессии Рабочей группы, пункт 3 *b)* пересмотренного проекта (ранее пункт 3 *c)* предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен для замены слов "существует значительная вероятность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора" словами "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" (A/CN.9/523, пункт 64; ранее проведенное обсуждение см. пункт 43 и A/CN.9/508, пункт 57).

Пункт 4

Место пункта 4

17. Пункт 4 пересмотренного проекта (ранее пункт 5 предложения Соединенных Штатов) был перенесен в другое место текста, с тем чтобы отразить тот факт, что он предназначен для применения в отношении обеспечительных мер в целом, а не только в отношении мер, которые могут быть предписаны ex parte в соответствии с пунктом 7 пересмотренного проекта (A/CN.9/523, пункт 45). Рабочая группа решила также перенести пункты 6 и 7 предложения Соединенных Штатов (пункты 5 и 6 пересмотренного проекта) и разместить их перед пунктом, касающимся обеспечительных мер ex parte (A/CN.9/523, пункт 45).

Взаимосвязь между пунктом 4 и пунктом 7 b) *(ii)*

18. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы была выражена обеспокоенность в связи с тем, что этот текст в существующей формулировке может дать возможность уклониться от представления обязательного обеспечения в отношении мер ex parte (A/CN.9/523, пункт 46). Было высказано мнение, что этот текст основывается на том представлении, что в отношении мер inter partes требование предоставления обеспечения должно выдвигаться по усмотрению третейского суда (A/CN.9/523, пункт 46). Для того чтобы снять основания для подобного беспокойства, в пересмотренный проект включены в квадратных скобках два альтернативных текста, а именно: "с учетом положений пункта 7 *b)* (ii)" или "за исключением случаев, когда предоставление обеспечения является обязательным в соответствии с пунктом 7 *b)* (ii)". Эти альтернативные формулировки призваны отразить решение Рабочей группы о том, что пункт 4 следует подчинить пункту 7 *b)* (ii) и что следует провести разграничение между ситуацией, когда предоставление обеспечения является результатом осуществления третейским судом его дискреционных полномочий, и ситуацией, когда третейский суд обязан потребовать предоставления обеспечения от стороны, запрашивающей обеспечительные меры ex parte.

"и любой другой стороны"

19. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа решила также включить слова "и любой другой стороны" после слов "запрашивающей стороны", с тем чтобы наделить третейский суд правом рассматривать некоторые ситуации в сфере многостороннего арбитражного разбирательства, например ситуацию, когда имеются несколько истцов, каждому из которых выгодно принять обеспечительные меры, но просьба о предписании обеспечительных мер поступает только от одного истца, не располагающего активами. В этой ситуации третейский суд сможет по своему усмотрению требовать от других истцов предоставления обеспечения. Кроме того, ссылка на "любую сторону" позволит охватить ситуацию, когда одна из сторон предоставляет встречное обеспечение (A/CN.9/523, пункт 48).

Пункт 5

"с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств"

20. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы было предложено не ограничивать право изменять или прекращать обеспечительную меру. С учетом чрезвычайного характера таких мер было высказано мнение, что если третейский суд имеет право предписывать такие меры, то он должен также обладать правом изменять или прекращать их. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включать формулировку "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств", которая в настоящее время заключена в квадратные скобки и первоначально использовалась в предложении Секретариата (см. A/CN.9/508, пункты 88–89), с тем чтобы избежать установления произвольных дискреционных полномочий.

Применение в отношении мер ex parte

21. Было указано также, что, поскольку пункт 5, как представляется, распространяется и на меры ex parte, обстоятельства, при которых третейский суд может пожелать прекратить или изменить обеспечительную меру, могут возникнуть в течение периода ex parte, и поэтому требование сообщать об этом сторонам, которые затрагиваются данной мерой, как это предусмотрено в пункте 7 *е)*, может нанести ущерб такой мере. Было предложено продолжить рассмотрение вопроса о том, следует ли проводить какое-либо разграничение в зависимости от того, является ли обеспечительная мера inter partes или ex parte; в этом случае, возможно, потребуется подготовить отдельное положение в отношении мер ex parte (A/CN.9/523, пункт 52).

Санкция

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности пересмотра пункта 5, с тем чтобы предусмотреть в нем четкую санкцию, если не выполняется обязанность, предусмотренная в пункте 6 (A/CN.9/523, пункт 49; см. также пункт 24, ниже).

Пункт 6

"или любая другая сторона"

23. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы отмечалось, что в случае принятия решения о включении в пункт 4 формулировки "или любой другой стороны" ее следует включить и в текст, который в настоящее время содержится в пункте 6 (A/CN.9/523, пункт 49). Было высказано мнение, что это, тем не менее, может привести к возникновению дополнительных споров между сторонами. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса.

Санкция

24. Было высказано мнение, что, несмотря на предусмотренную обязанность сообщать третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, связанных с предписанием обеспечительной меры, никаких санкций за нарушение этой обязанности не предусмотрено. В ответ было заявлено, что этот вопрос вполне может быть рассмотрен в рамках пункта 5 (A/CN.9/523, пункт 49). С учетом этого на тридцать седьмой сессии Рабочей группы не было принято никакого решения относительно изменения текста пункта 6. Если Рабочая группа решит, что в пункте 5 следует предусмотреть определенную санкцию в случае нарушения положений пункта 6, Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос об изменении порядка очередности изложения этих пунктов.

25. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности формулировки, используемой в пункте 6, в котором содержится ссылка на "любое существенное изменение обстоятельств", с учетом формулировки, используемой в пункте 5, в котором содержится ссылка на "изменение обстоятельств".

Пункт 7

Общее замечание

26. Вопрос о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры ex parte являлся предметом продолжительных обсуждений на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункты 16–27). Высказанное на тридцать шестой сессии Рабочей группы мнение, что полномочия предписывать меры ex parte следует предусмотреть только для государственных судов, было вновь высказано в ходе тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 17). Хотя ряд делегаций по-прежнему выступали против предоставления третейским судам полномочий предписывать обеспечительные меры ex parte, Рабочая группа, тем не менее, решила продолжить рассмотрение предложения Соединенных Штатов (A/CN.9/523, пункт 28).

Подпункт а)

27. Значительное внимание в ходе тридцать седьмой сессии Рабочей группы было уделено тексту, содержащемуся в пункте 7 *а)* пересмотренного проекта (ранее пункт 5 предложения Секретариата и пункт 4 *а)* предложения Соединенных Штатов) (A/CN.9/523, пункты 28–33). На этой сессии Рабочая группа приняла к сведению, в частности, предложение продолжить рассмотрение вопроса о возможности отмены обеспечительной меры ex parte, если другая сторона предоставила надлежащее обеспечение (A/CN.9/523, пункт 33). Этот вопрос не рассматривается в пересмотренном проекте.

28. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности использования, в целях обеспечения последовательности, формулировки "сторона, за-

трагиваемая такой мерой", используемой в пункте 3 *a)*, в пунктах 7 *a)*, *b)* (i), *d)* и *e)* для замены формулировки "сторона, в отношении которой принимается такая мера". Оба альтернативных варианта включены в пересмотренный текст в квадратных скобках.

29. Широкую поддержку на тридцать седьмой сессии Рабочей группы получило мнение, что, даже если меры ex parte будут в конечном счете предусмотрены, в соответствующем положении следует указать, что такие меры могут быть предписаны только в исключительных обстоятельствах (A/CN.9/523, пункт 17). Слова "в исключительных обстоятельствах" были включены после слов "третейский суд может". Рабочая группа решила, что пункт 4 *a)* предложения Соединенных Штатов следует пересмотреть, с тем чтобы принять во внимание мнения и беспокойство, выраженные Рабочей группой, и, в частности, признать свободу договора сторон на основе предоставления им права отказываться от соблюдения положения, предоставляющего третейскому суду полномочия предписывать обеспечительные меры ex parte (A/CN.523, пункт 31). Для выполнения этого решения в пункт 7 *a)* пересмотренного проекта включена ссылка на "стороны" после вводной формулировки "если не согласовано иное", как это предлагалось на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.523, пункт 54).

30. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы был подготовлен пересмотренный проект пункта 4 *a)* предложения Соединенных Штатов (A/CN.9/523, пункты 32 и 53–69) (далее в тексте "пересмотренный вариант пункта 4 *a)*"), и в пересмотренном проекте текста были учтены следующие решения и предложения, выдвинутые на этой сессии:

– предпочтение было отдано второй заключенной в квадратные скобки альтернативной формулировке в пересмотренном варианте пункта 4 *a)* (i) (пункт 7 *a)* (iii) пересмотренного проекта), и термин "defeated" был заменен термином "frustrated" (A/CN.9/523, пункты 57 и 61);

– пункт 7 *a)* (ii) пересмотренного проекта (ранее подпункт (iv) пересмотренного варианта пункта 4 *a)*) был пересмотрен в соответствии с предложениями, высказанными на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 64);

– слова "или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения" были исключены, исходя из того, что в тексте надлежащим образом охватывается ситуация, когда уведомление было направлено, однако другая сторона либо не смогла ответить, либо не ответила на такое уведомление (A/CN.9/523, пункт 60);

– было решено, что условия, применимые в отношении мер inter partes и указанные в пункте 3 предложения Соединенных Штатов, должны применяться также в отношении мер ex parte, но что требование, установленное в пункте 3 *c)* в отношении "значительной возможности" успеха в отношении существа спора, следует значительно смягчить путем использования более нейтральной формулировки (A/CN.9/523, пункт 31); в пункт 7 *a)* пересмотренного проекта была добавлена ссылка на необходимость выполнения требований, установленных в пункте 3 (A/CN.9/523, пункт 62);

– в настоящее время в подпункте *a)* перечислены условия, которые должны соблюдаться стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер ex parte, а в подпункте *b)* содержится ссылка на обязательства, которые должны выполняться стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер ex parte; Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности такой новой структуры;

– другие высказанные предложения предусматривали установление обязательного требования о том, что сторона, ходатайствующая о принятии таких мер, должна предоставить обеспечение в отношении выплаты компенсации другой стороне в том случае, если обеспечительная мера впоследствии будет сочтена неоправданной; обязательство лица, ходатайствующего о принятии мер ex parte, продемонстрировать отсутствие каких-либо других средств правовой защиты и подтверждение того, что данное средство правовой защиты является единственно возможным; а также применение в случае мер ex parte принципов разумности и пропорциональности (A/CN.9/523, пункт 30). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть эти дополнительные предложения.

Подпункт b)

31. Текст пункта 7 *b)* (i) пересмотренного проекта (ранее подпункт (v) пересмотренного варианта пункта 4 *a)*) был пересмотрен для исключения ссылки на "объективную ответственность" и включения в квадратных скобках слов "в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора" (A/CN.9/523, пункты 31 и 66–67).

32. Текст пункта 7 *b)* (ii) пересмотренного проекта (ранее пересмотренный вариант пункта 4 *a)* (vi)) был пересмотрен, с тем чтобы принять во внимание принятое на тридцать седьмой сессии Рабочей группы решение отдать предпочтение словам "обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей". Было также отдано предпочтение использованию формулировки "в отношении любого ущерба или любых издержек арбитражного разбирательства, упомянутых в подпункте (i)" (A/CN.9/523, пункты 68–69). В целях обеспечения соответствия с формулировкой пункта 4 пересмотренного проекта в пункт 7 *b)* (ii) включена ссылка на предоставление обеспечения "в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом". Широкую поддержку на тридцать седьмой сессии Рабочей группы получило мнение, что предоставление обеспечения в отношении мер ex parte должно быть обязательным (A/CN.9/523, пункт 46). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли данный подпункт это мнение надлежащим образом.

Подпункт c)

33. Рабочая группа решила заключить перекрестную ссылку на подпункт *b)* пересмотренного проекта (ранее перекрестная ссылка на пересмотренный вариант пункта 4 *a)* (v) и (vi)) в квадратные скобки с учетом выраженного сомнения в необходимости перекрестной ссылки на подпункт *b)* (ii) (ранее подпункт (vi) пересмотренного варианта пункта 4 *a)*) (A/CN.9/523, пункт 72). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого вопроса на своей тридцать восьмой сессии.

34. Слова "в целях избежания сомнений" были включены в качестве вводной формулировки подпункта *c)* пересмотренного проекта для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий (A/CN.9/523, пункт 70). На тридцать

седьмой сессии Рабочей группы это предложение получило определенную поддержку, однако было указано, что такая формулировка, как правило, считается неуместной в законодательном тексте и во многих странах такой пункт будет содействовать не рассеиванию сомнений, а расширению юрисдикционных полномочий третейского суда по сравнению с предельными полномочиями, возложенными на третейский суд сторонами в арбитражном соглашении (A/CN.9/523, пункт 70). Было высказано мнение, что при формулировании положения, расширяющего юрисдикцию третейского суда в связи с принятием обеспечительных мер на основе ex parte, Рабочей группе следует избегать формулировок, в результате которых может создаваться впечатление, что такое положение следует толковать a contrario в контексте обеспечительных мер, которые предписываются inter partes (A/CN.9/523, пункт 71).

Подпункт d)

35. Пункт 7 *d)* пересмотренного проекта (ранее пункт 4 *c)* предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом замечаний и предложений, изложенных в пунктах 74–75 документа A/CN.9/523. В результате такого пересмотра был, в частности, изменен порядок очередности подпунктов *b)* и *c)* пункта 4 предложения Соединенных Штатов в соответствии с просьбой Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 73). Следует отметить, что в пункте 7 *d)* содержится ссылка на предоставляемую запрашивающей стороне "возможность" быть заслушанной либо "если более не существует необходимости действовать на основе ex parte, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры", либо "в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах". Первый вариант обеспечивает определенную гибкость. Тем не менее, если Рабочая группа отдаст предпочтение второму варианту, следует отметить, что в таком случае необходимо будет вернуться к рассмотрению вопроса о том, когда должно направляться уведомление. Пункт 7 *d)* в существующей формулировке применяется только в отношении мер ex parte. Тем не менее на тридцать седьмой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что в ходе будущих обсуждений необходимо решить, будет ли данный пункт применяться только в контексте обеспечительных мер, предписываемых на основе ex parte, или же в более широком плане в отношении всех категорий обеспечительных мер (A/CN.9/523, пункт 75).

Подпункт e)

36. Текст пункта 7 *e)* пересмотренного проекта (ранее пункт 4 *b)* предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом результатов обсуждений, проведенных Рабочей группой на ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/523, пункт 73). В пункте 7 *e)* предусматривается, что обеспечительная мера действует в течение срока, не превышающего двадцать дней, а также предусмотрены два варианта для определения начального момента такого двадцатидневного срока. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы выражалось беспокойство в связи с установлением общего предельного срока, например в 20 дней (A/CN.9/523, пункты 20, 25 и 73). Было выражено беспокойство в связи с тем, что этот пункт в существующей редакции не позволяет достичь соответствующей цели, которая заключается в том, чтобы обеспечить изменение баланса в рамках арбитражного разбирательства после вынесения постановления о принятии мер ex parte за счет предоставления другой стороне возможности быть заслушанной и обеспечения возможности для пересмотра такой меры как можно скорее. Было указано, что установление баланса в рамках арбитражного разбирательства рассматривается в пункте 4 *c)* предложения Соединенных Штатов (пункт 7 *d)* пересмотренного проекта), что обеспечивает запрашивающей стороне возможность быть заслушанной (A/CN.9/523, пункт 73). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, позволяет ли данный текст в его существующей формулировке решить эти проблемы. Рабочей группе следует учитывать, что слова "настоящий пункт 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, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения" отличается от текста, который содержался в пункте 7 предложения Секретариата и в котором предусматривалось, что "срок действия меры, предписанной согласно пункту 5, может быть продлен или изменен после направления уведомления стороне, в отношении которой она принимается, и предоставления ей возможности представить свои возражения". Следует отметить, что если в предложении Секретариата говорилось о продлении или изменении обеспечительной меры ex parte после заслушивания запрашивающей стороны, в нынешнем тексте речь идет об обеспечительных мерах в целом и предусматривается предписание или подтверждение либо обеспечительной меры ex parte, либо абсолютно новой обеспечительной меры.

Подпункт f)

37. В отношении пункта 7 *f)* пересмотренного проекта (ранее пункт 4 *d)* предложения Соединенных Штатов) 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 стороны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры (A/CN.9/523, пункты 49 и 76). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого предложения.

38. Рабочей группе следует учитывать, что в пункте 7 *f)* предусматривается обязательство, аналогичное обязательству, установленному в пункте 6, хотя в пункте 7 *f)*, как представляется, устанавливается несколько более широкое обязательство в отношении предоставления информации. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы было высказано мнение, что в тексте, содержащемся в пункте 7 *f)*, если он будет сохранен, следует предусмотреть определенный предельный срок, в течение которого сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительной меры, должна сообщать об изменении обстоятельств третейскому суду. Как отмечалось выше (пункт 24), Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности установления санкции за невыполнение пункта 6. Если Рабочая группа решит предусмотреть такую санкцию, необходимо будет также решить, должно ли обязательство по предоставлению информации в соответствии с пунктом 6 применяться как в отношении мер inter partes, так и в отношении мер ex parte или, если пункт 7 *f)* будет решено сохранить, следует ли предусмотреть отдельную санкцию за его нарушение. Следует отметить, что результат, ожидаемый от пункта 7 *f)* (а именно – установление для стороны, ходатайствующей о принятии меры ex parte, жесткого обязательства предоставлять информацию), уже достигается в результате применения пункта 6 и что дублирование такого обязательства может повлиять на четкость изложения и внутреннюю логику текста.

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.

Set of two volumes not to be sold separately.
The ISBN number is for both volumes.

Printed in Austria
V.04-57620—November 2007—35

United Nations publication
Sales No. R.06.V.14
ISBN 978-92-1-433043-1
ISSN 0251-4281
A/CN.9/SER.A/2003